DIE PRAXIS DER KARTELLBEHÖRDEN UND DER GERICHTE ZU DEN WETTBEWERBSREGELN

Wilhelm Bogner

1975

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551923_0017

DIE PRAXIS DER KARTELLBEHÖRDEN UND DER GERICHTE

ZU DEN WETTBEWERBSREGELN

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Wilhelm Bogner

1975

DISSERTATIONSDRUCK -SCHÖN- München 40, Belgradstraße 11

Referent: Professor Dr. Steindorff
Korreferent: Professor Dr. Fikentscher

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Dezember 1975

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

GLIEDERUNG

		Seite
Teil I:	Einleitung - Übersicht über die Praxis der Kartellbehörden	1
Teil II:	Allgemeine Aussagen der Kartellbehörden zu den Voraussetzungen der Eintragungsfähigkeit von Wettbewerbsregeln	15
1. Kapitel:	Die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs"	15
	a) Bundeskartellamt	15
	b) Landeskartellbehörden	31
	Zusammenfassung	32
	Anhang: Fußnoten zu Teil II, 1. Kapitel	35
2. Kapitel:	Die "graue Zone"	45
	a) Bundeskartellamt	45
	b) Landeskartellbehörden	51
	Zusammenfassung	53
	Anhang: Fußnoten zu Teil II, 2. Kapitel	55
3. Kapitel:	Der Maßstab für den Begriff der guten Sitten bei der Anwendung der WRn	60
	a) Bundeskartellamt	60
	b) Landeskartellbehörden	62
	Zusammenfassung	63
	Anhang: Fußnoten zu Teil II, 3. Kapitel	64
Teil III:	Die Eintragungsbegründungen zu den einzelnen WRn	66
1. Kapitel:	Die Grundsätze der Preisbildung und Preisgestaltung	66
	a) Der Grundsatz der freien Preisbildung	66
	aa) Bundeskartellamt	66
	bb) Landeskartellbehörden	68
	Zusammenfassung	69
	Anhang: Fußnoten zu Teil III, 1. Kapitel, a)	70
	b) Die Gewährleistung, daß die Verpflichtungen gegenüber den Gläubigern, der Belegschaft des Betriebs und dem Staat nicht verletzt werden	72

Seite

aa) Bundeskartellamt 72
bb) Landeskartellbehörden 73
Zusammenfassung 74
Anhang: Fußnoten zu Teil III, 1. Kapitel, b) 75
c) Das Gebot ordnungsgemäßer Kalkulation 77
aa) Bundeskartellamt 77
Berechnung der Selbstkosten 82
bb) Landeskartellbehörden 83
Zusammenfassung 84
Anhang: Fußnoten zu Teil III, 1. Kapitel, c) 86
d) Das Verbot der planmäßigen und gezielten Preisunterbietung 91
aa) Bundeskartellamt 91
bb) Landeskartellbehörden 93
Zusammenfassung 94
Anhang: Fußnoten zu Teil III, 1. Kapitel, d) 95
e) Das Verbot des Angebots und Verkaufs unter Selbstkosten 97
aa) Bundeskartellamt 97
Begriff der Selbstkosten 99
bb) Landeskartellbehörden 100
Zusammenfassung 101
Anhang: Fußnoten zu Teil III, 1. Kapitel, e) 102
f) Die Empfehlung bzw. Verpflichtung, Preislisten zu führen 105
Bundeskartellamt 105
Zusammenfassung 107
Anhang: Fußnoten zu Teil III, 1. Kapitel, f) 108
g) Der Grundsatz der Preiswahrheit und -klarheit 110
aa) Bundeskartellamt 110
bb) Landeskartellbehörden 110
Zusammenfassung 111
Anhang: Fußnoten zu Teil III, 1. Kapitel, g) 112

2. Kapitel: Diskriminierungsregeln 114
a) Abweichen von der Preisliste im Einzelfall 114
Bundeskartellamt 114
b) Andere Diskriminierungsregeln 116
Bundeskartellamt 116

Seite

Zusammenfassung 118
Anhang: Fußnoten zu Teil III, 2. Kapitel 120

3. Kapitel: Das Gebot der Preislistenänderung bei allgemeinem Abweichen von der Preisliste 122
Bundeskartellamt 122
Zusammenfassung 123
Anhang: Fußnoten zu Teil III, 3. Kapitel 124

4. Kapitel: WRn, die die Werbung betreffen 125
1. Werbung, die auf Listenpreise Bezug nimmt 125
a) Bundeskartellamt 125
b) Landeskartellbehörden 129
Zusammenfassung 130
Anhang: Fußnoten zu Teil III, 4. Kapitel, 1. 131
2. Irreführende Werbung 132
a) Bundeskartellamt 132
aa) Das Verbot der Werbung mit unrichtigen oder irreführenden Angaben über eigene geschäftliche Verhältnisse 132
bb) WRn, die Preisangaben verbieten, die mit den Grundsätzen der Preiswahrheit und -klarheit nicht übereinstimmen 133
cc) Verbot von Lockvogelangeboten 133
dd) Verbot der Verwendung von Gutachten, Prüfberichten und Schrifttum in der Werbung 134
ee) WRn, die eine unzulässige Vergütung für Werbung verbieten 135
ff) WRn, die sich mit der Laienwerbung befassen 137
gg) Verbot jeglicher irreführenden Werbung 139
b) Landeskartellbehörden 140
Zusammenfassung 140
3. Sonstige Fälle unzulässiger Werbung 142
a) Bundeskartellamt 142
aa) Werbegeschenke 142
bb) Aufwendungen bei Werbeveranstaltungen 144
cc) Kreditgefährdung 144
b) Landeskartellbehörden 145
aa) Werbegeschenke 145
bb) Kreditgefährdung 146

Seite

Zusammenfassung 147
Anhang: Fußnoten zu Teil III, 4. Kapitel, 2. u. 3. 148

5. Kapitel: WRn, die eine Irreführung der Kunden verbieten 155
a) Bundeskartellamt 155
b) Landeskartellbehörden 156
Zusammenfassung 157
Anhang: Fußnoten zu Teil III, 5. Kapitel 158

6. Kapitel: WRn, die den Vertragsbruch, bzw. das Verleiten zum Vertragsbruch oder das Ausnutzen der Vertragsumgehung untersagen 160
a) Bundeskartellamt 160
b) Landeskartellbehörden 161
Zusammenfassung 162
Anhang: Fußnoten zu Teil III, 6. Kapitel 163

7. Kapitel: Verbot von Kopplungsgeschäften 164
Bundeskartellamt 164
Zusammenfassung 165

8. Kapitel: Abwerbungsverbot 166
Bundeskartellamt 166
Anhang: Fußnoten zu Teil III, 7. und 8. Kapitel 167

9. Kapitel: Anwendung des RabattG und der ZugabeVO 169
a) Bundeskartellamt 169
b) Landeskartellbehörden 171
Zusammenfassung 172

10. Kapitel: WRn, die auf Sicherheits- oder Kennzeichnungsvorschriften Bezug nehmen 173
Bundeskartellamt 173

11. Kapitel: Die Berücksichtigung ordnungsgemäßer kaufmännischer Gepflogenheiten 174
Bundeskartellamt 174
Anhang: Fußnoten zu Teil III, 9., 10. und 11. Kapitel 175

Seite

Teil IV: Die Praxis der Gerichte zu den Wettbewerbsregeln 178

1. Kapitel: KG, OLG 178
a) KG vom 9. 10. 1964 178
b) KG vom 29. 6. 1965 179
c) OLG Hamburg vom 25. 8. 1966 184

2. Kapitel: Bundesgerichtshof 186
BGH vom 15. 7. 1966 186

Teil V: Der Einfluß der Entscheidungen der Gerichte auf die Praxis der Kartellbehörden 193

1. Kapitel: Einfluß des KG und des OLG Hamburg 193

2. Kapitel: Einfluß des BGH 194
Anhang: Fußnoten zu Teil IV und V 195

Teil VI: Die ökonomische Kritik OEHLERS an der Praxis der Kartellbehörden 200

1. Kapitel: Der zulässige Inhalt von WRn im allgemeinen 200

2. Kapitel: Kritik in Bezug auf die Eintragung von WRn, die den Maßstab der guten Sitten angeben 201

3. Kapitel: Kritik in Bezug auf die Eintragung von WRn, die den Preiswettbewerb betreffen 202
a) Kritik in Bezug auf die Eintragung von WRn mit dem Grundsatz wirtschaftlicher Preisgestaltung 202
b) Kritik in Bezug auf die Eintragung von WRn, die eine ordnungsgemäße Kalkulation empfehlen, bzw. zu ihr verpflichten 203
c) Kritik in Bezug auf die Eintragung von WRn, die eine gezielte Preisunterbietung verbieten 204
d) Kritik in Bezug auf die Eintragung von WRn, die einen Verkauf unter Selbstkosten verbieten 204

Seite

e) Kritik in Bezug auf die Eintragung von WRn, die eine Empfehlung bzw. Verpflichtung zur Preislistenführung beinhalten 205
f) Kritik in Bezug auf die Eintragung von WRn, die ein Gebot der Preislistenvollständigkeit enthalten 206
g) Kritik in Bezug auf die Eintragung von WRn, die ein Abweichen von der Preisliste im Einzelfall verbieten 207
h) Kritik in Bezug auf die Eintragung von WRn, die eine Preislistenänderung bei allgemeinem Abweichen von der Preisliste verlangen 209

4. Kapitel: Die Bedeutung der Kritik OEHLERS für die Praxis der Kartellbehörden 210
Anhang: Fußnoten zu Teil VI 212

Teil VII: Fördert die Praxis des BKartA den Leistungswettbewerb, oder behindert sie ihn eher? 216

1. Kapitel: Beispiele für die Förderung des Leistungswettbewerbs durch die bisherige Praxis des BKartA 220
a) Eintragung von WRn, die gesetzliche Vorschriften wiederholen 220
b) Bejahung der Zulässigkeit von WRn, die den Grundsatz der Preisautonomie enthalten 220
c) Bejahung der Eintragungsfähigkeit einer WR, die eine Verpflichtung zur Vorkalkulation beinhaltet 221

2. Kapitel: Beispiele für die Behinderung des Leistungswettbewerbs durch die bisherige Praxis des BKartA 223
a) Die Praxis bezüglich WRn, die eine Empfehlung bzw. Verpflichtung zur Preislistenführung beinhalten 223
b) Die Praxis hinsichtlich WRn, die ein Diskriminierungsverbot zum Inhalt haben 225
c) Die Praxis hinsichtlich WRn, die eine Verpflichtung, eigene Werbung zu unterlassen, die auf Listenpreise Bezug nimmt, zum Gegenstand haben 226

3. Kapitel: Ausblick 228
Anhang: Fußnoten zu Teil VII 230

LITERATURVERZEICHNIS

Arras, Gerth	Superlativ-Werbung im Wandel der Zeit, NJW 1954, 1910 ff.
Baumbach-Hefermehl	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Auflage 1960, 9. Auflage 1964, 10. Auflage 1971 zitiert: Baumbach-Hefermehl, Band, Auflage, Anmerkung
Baur, Jürgen F.	Die Funktion des neuen Diskriminierungsverbots nach § 26 Abs. II, Satz 2 GWB, BB 1974, 1589 ff.
Benisch, Werner	Kooperationsfibel, 3. Auflage 1969, 4. Auflage 1973
ders.	Die bisherigen Vorschläge für einen verbesserten Schutz des Leistungswettbewerbs, in: Schutz des Leistungswettbewerbs, herausgegeben vom Bundesverband der Deutschen Industrie, Abteilung Wettbewerbsordnung, Drucksache Nr. 77
ders.	Zur Rechtspraxis des BKartA auf dem Gebiet der Wettbewerbsregeln, DB 1963, 953 ff.
ders.	Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 15. 7. 1966, WuW/E BGH 789 ff.
Benkendorff, Gerhard	Inhalt und Eintragung von Wettbewerbsregeln, WuW 1958, 416 ff.
Böx, Ingolf Arno	Typik und Zulässigkeit von Wettbewerbsregeln (§ 28 Abs. II GWB), Dissertation, Göttingen 1974 zitiert: Böx
Borck, Hans-Günther	Bezugnehmende Werbung, WRP 1961, 70 ff.

Dörinkel, Wolfram	Leistungswettbewerb - Rechtsbegriff oder Schlagwort? DB 1967, 1883 ff.
ders.	Bringt die Kartellgesetznovelle Erleichterungen für die Zusammenarbeit der Unternehmen? WuW 1971, 607 ff.
ders.	Die Kooperationserleichterungen nach der Kartellnovelle 1973, WuW 1973, 827 ff.
ders.	Wettbewerbsregeln in der Praxis, WuW 1960, 593 ff.
Ewald, Heinz	Diskriminierungsverbot und Wettbewerbsregeln, WRP 1967, 379 ff.
Griesbach, Bernhard	Denaturierte Markttransparenz, DB 1961, 1621 ff.
Hamm, Walter	Die Bedeutung des leistungsgerechten Wettbewerbs im Rahmen der Wettbewerbsregeln, WuW 1975, 115 ff.
Kellermann, Alfred	Fairer Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt - Beiträge zu Fragen und Entwicklungen auf dem Gebiet des Kartellrechts - Köln-Berlin-Bonn-München 1968
v. Köhler, Karl Heinz	Die Problematik eines Gesetzes zur Förderung des Leistungswettbewerbs und die Wettbewerbsregeln, DB 1967, 29 ff.
Leo, Hans-Christoph	Das Verbot der vergleichenden Werbung, WRP 1960, 293 ff.
Lieberknecht, Otfried	Regelung zur Förderung des Leistungswettbewerbs als Wettbewerbsregeln im Sinne des § 28 Abs. II GWB, in: Festschrift für Philipp Möhring, S. 67 ff.
Lutz, Hans	Bundeskartellamt rügt Rechtsprechung zur vergleichenden Werbung, MA 1963, 632 ff.

Markert, Kurt	Kartellrechtliche Bedeutung von Preismeldeverträgen, DB 1963, 1455 ff.
Müller-Henneberg-Schwartz	Kommentar zum GWB (Gemeinschaftskommentar) 1. Aufl. 1958
Nipperdey, Hans Carl	Wettbewerb und Existenzvernichtung, Berlin 1930
ders.	Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, WuW 1954, 211 ff.
Oehler, Hartmut	Wettbewerbsregeln als Instrument der Wettbewerbspolitik, Marburg 1968
Peter, Dietmar	Die Zulässigkeit von Nichtdiskriminierungsabsprachen in Wettbewerbsregeln, Dissertation, Mainz 1969 zitiert: Peter
Pickel, Walter	Preismeldestellen und Kartellverbot, DB 1963, 699 ff.
Reimer, Eduard	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Auflage 1954
Reimers, Hermann	Die Frage der Eintragungsfähigkeit wettbewerbsbeschränkender Wettbewerbsregeln in der Verwaltungspraxis des Bundeskartellamts, Dissertation, Hamburg 1969 zitiert: Reimers
Sack, Rolf	Die Wettbewerbsregeln nach §§ 28 ff. GWB und das Recht des unlauteren Wettbewerbs, Dissertation, Tübingen 1969 zitiert: Sack
ders.	Der zulässige Inhalt von Wettbewerbsregeln, WuW 1970, 195 ff.
Sandrock, Otto	Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München 1968

Scheel, Hans-Dieter — Wettbewerbsregeln über Preiswettbewerb, Dissertation, Kiel 1966 zitiert: Scheel

Schmidt, Ingo — Markttransparenz als Voraussetzung für Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1963, 97 ff.

Steffani, Wolfgang — Die Wettbewerbsregeln der Bauindustrie, in: 10 Jahre Kartellgesetz, herausgegeben vom Bundesverband der Deutschen Industrie, Bergisch Gladbach 1968, S. 355 ff.

Versteyl, Ute — Zur Vereinbarkeit von Wettbewerbsregeln zum Zwecke leistungsgerechten Wettbewerbs mit den rechtspolitischen Grundlagen des geltenden Kartellrechts, Dissertation, Kiel 1973 zitiert: Versteyl

Völp, Fromut — Der Fortschrittsvergleich in der Werbung, BB 1961, 113 f.

Walde, Hans Gerhard — Aufstellung und Eintragung von Wettbewerbsregeln in das Register für Wettbewerbsregeln und ihre Rechtsfolgen, Dissertation, Köln 1963 zitiert: Walde

Weber, Günter — Das Bundeskartellamt und die Listenpreise, DB 1963, 891 f.

Wolf, Heinz — Wettbewerbsregeln, Düsseldorf 1972 zitiert: Wolf

Zeitler, Gottfried — Diskriminierung, Diskriminierungsverbot und Nichtdiskriminierungsverträge unter wirtschaftlicher Sicht, WuW 1960, 81 ff.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Beschlußabt.	Beschlußabteilung
BKartA	Bundeskartellamt
Einspruchsabt.	Einspruchsabteilung
FN	Fußnote
HS	Halbsatz
LKartB(n)	Landeskartellbehörde(n)
m. E.	meines Erachtens
Rdn.	Randnummer
S.	Satz, Seite
TB	Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts, zitiert nach Jahrgang und Seitenzahl
u. a.	unter anderem
Verf.	Verfasser
WR(n)	Wettbewerbsregel(n)
ZuK	Ziehereien und Kaltwalzwerke

Bezüglich der übrigen verwendeten Abkürzungen wird auf KIRCHNER, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Auflage, Berlin 1968 verwiesen.

TEIL I

Einleitung - Übersicht über die Praxis der Kartellbehörden

Die Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es, die Praxis der Kartellbehörden zu den WRn zu untersuchen. WRn im Sinne des einschlägigen fünften Abschnitts des GWB waren bis zur Kartellgesetznovelle vom 3. 8. 1973 gem. § 28 Abs. II GWB

> "Bestimmungen, die das Verhalten von Unternehmen im Wettbewerb regeln zu dem Zweck, einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken und ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten anzuregen."

Solche WRn können Wirtschafts- und Berufsvereinigungen für ihren Bereich aufstellen (§ 28 Abs. I GWB) und deren Eintragung in das Register für WRn bei der Kartellbehörde beantragen. Der Streit, ob nach § 28 Abs. II GWB a. F. auch Regeln eintragungsfähig waren, die den sog. "Leistungswettbewerb" fördern, wurde durch die aufgeführte Gesetzesänderung beseitigt. Nach § 28 Abs. II GWB n. F. dürfen WRn zusätzlich den Zweck haben,

> "einem der Wirksamkeit eines leistungsgerechten Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken und ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen."

In Teil II wird darzustellen sein, ob und inwieweit die Praxis der Kartellbehörden den Gesetzgeber zu der Erweiterung der Zweckbestimmung von WRn von 2 auf 4 Alternativen veranlaßte.

Sind WRn in das Register eingetragen, so sind gem. § 29 GWB Vereinbarungen, in denen sich die Beteiligten zur Einhaltung dieser eingetragenen Regeln verpflichten, nicht Verträge oder Beschlüsse im Sinne des § 1 GWB, verstoßen also nicht gegen das Kartellverbot.

Den Antrag auf Eintragung einer WR kann die Kartellbehörde gem. § 31 Abs. I GWB ablehnen, wenn eine derartige Regel oder eine Vereinbarung darüber im Sinne des § 29 GWB Bestimmungen dieses Gesetzes, des UWG, des RabattG oder der ZugabeVO unter Berücksichtigung der dazu ergangenen Rechtsprechung oder einer sonstigen rechtlichen Vorschrift verletzt.

Hinzuweisen ist noch auf § 30 GWB: Die Kartellbehörde hat nach dieser Bestimmung nicht beteiligten Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe, Wirtschafts- und Berufsvereinigungen der durch die WRn betroffenen Lieferanten und Abnehmer,

sowie den Bundesorganisationen der beteiligten Wirtschaftsstufen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Kartellbehörde kann eine öffentliche mündliche Verhandlung über den Eintragungsantrag durchführen, in der es jedermann freisteht, Einwendungen gegen die Eintragung zu erheben.

Für die Zuständigkeit der Kartellbehörden sagt § 44 Abs. I Nr. 1 d, Nr. 3 GWB, daß die Landeskartellbehörden nur zuständig sind, wenn die Wirkung einer WR nicht über das Gebiet eines Landes hinausreicht. Im übrigen hat das Bundeskartellamt zu entscheiden.

Ausgewählt für die vorliegende Arbeit wurden alle Entscheidungen seit Inkrafttreten des GWB am 1. 1. 1958, die in der Entscheidungssammlung zum Kartellrecht der WuW bis einschließlich Mai 1975 abgedruckt sind. Es sind dies:

1. Eintragungsbeschlüsse des Bundeskartellamtes:

a) vom 9. 12. 1959 ("Kohleneinzelhandel"), WuW/E BKartA 96 ff.
b) vom 30. 12. 1960 ("Ziehereien und Kaltwalzwerke"), WuW/E BKartA 301 ff.
c) vom 18. 3. 1963 ("Kfz-Handel"), WuW/E BKartA 609 ff.
und vom 30. 12. 1963 (Einspruchsabteilung), WuW/E BKartA 766 ff.
d) vom 29. 3. 1963 ("Bauindustrie"), WuW/E BKartA 586 ff.
und vom 14. 5. 1964 (Einspruchsabteilung), WuW/E BKartA 813 ff.
e) vom 19. 8. 1963 ("Immobilienmakler"), WuW/E BKartA 719 ff.
f) vom 6. 5. 1964 ("Diätetische Lebensmittelindustrie"), WuW/E BKartA 805 ff.
g) vom 27. 11. 1964 ("Flüssiggas-Großvertrieb"), WuW/E BKartA 873 ff.
h) vom 29. 12. 1964 ("Schälmühlen"), WuW/E BKartA 902 ff.
i) vom 5. 7. 1966 ("Automatenindustrie"), WuW/E BKartA 1111 ff.
j) vom 21. 7. 1966 ("Büromaschinen"), WuW/E BKartA 1090 ff.
k) vom Dez. 1966 ("Lackindustrie"), WuW/E BKartA 1117 ff.
l) vom 30. 11. 1967 ("Hefeindustrie"), WuW/E BKartA 1165 ff.
m) vom 28. 12. 1967 ("Versandhandel"), WuW/E BKartA 1186 ff.
n) vom 16. 4. 1968 ("Baustoffhändler"), WuW/E BKartA 1213 ff.
o) vom 22. 11. 1968 ("Markenspirituosen"), WuW/E BKartA 1233 ff.
p) vom 16. 2. 1971 ("Tapetenhandel"), WuW/E BKartA 1327 ff.
q) vom 30. 8. 1974 ("Elektroleuchten"), WuW/E BKartA 1523 ff.

2. Eintragungsbeschlüsse der Landeskartellbehörden:

a) vom 1. 3. 1962 ("Fliesenregeln"), WuW/E LKartB 63 ff.
b) vom 26. 9. 1963 ("Niedersächsische Brauereien"), WuW/E LKartB 77 ff.
c) vom 1. 8. 1965 ("Nordrheinische Kraftfahrlehrer"), WuW/E LKartB 93 ff.
d) vom 25. 3. 1966 ("Fahrlehrerverband Hamburg"), WuW/E LKartB 97 ff.
e) vom 17. 8. 1966 ("Kraftfahrlehrer Baden-Württemberg"), WuW/E LKartB 107 ff.

f) vom 7. 9. 1967 ("Kraftfahrlehrer Niedersachsen"), WuW/E LKartB 135 ff.
g) vom 15. 1. 1968 ("Brauerei-Regeln Baden-Württemberg"), WuW/E LKartB 137 ff.

Die Entscheidungen der Kartellbehörden befaßten sich mit folgenden, in Stichworten angegebenen Fragen:

Abwerben

BKartA ("Kfz-Handel"), WuW/E BKartA 610 f. (Regeln §§ 3, 12)
" ("Bauindustrie"), WuW/E BKartA 588 (Regel 8)
" ("Büromaschinen"), WuW/E BKartA 1094 (Regel § 11)
" ("Lackindustrie"), WuW BKartA 1118 (Regel 5)
" ("Hefeindustrie"), WuW/E BKartA 1167 f. (Regeln §§ 8, 9)
" ("Versandhandel"), WuW 67, 492 (Regeln 5, 6)
" ("Baustoffhändler"), WuW 67, 582 (Regel § 11)
" ("Tapetenhandel"), WuW/E BKartA 1330 (Regeln 9, 10)

Anwendung des Rabattgesetzes und der ZugabeVO

BKartA ("Kfz-Handel"), WuW/E BKartA 611 (Regeln §§ 8, 9, 10)
" ("Diätetische Lebensmittelind."), WuW/E BKartA 807 (Regel B 2 b)
" ("Flüssiggas-Großvertriebe"), WuW/E BKartA 874 (Regel § 2 Nr. 2)
" ("Schälmühlen"), WuW/E BKartA 904 (Regel III Nr. 7)
" ("Büromaschinen"), WuW/E BKartA 1091 ff. (Regeln §§ 3 Nr. 3; 4, 8)
" ("Automatenindustrie"), WuW/E BKartA 1112 (Regel § 4 Abs. I)
" ("Lackindustrie"), WuW/E BKartA 1118 (Regeln 4. 1 Abs. II, 4. 3, 4. 4 a)
" ("Hefeindustrie"), WuW/E BKartA 1167 (Regel § 6)
" ("Versandhandel"), WuW/E BKartA 1187 (Regel 4 Nr. 2)
" ("Baustoffhändler"), WuW/E BKartA 1214 (Regel 9 Nr. 1)
" ("Markenspirituosen"), WuW/E BKartA 1234 (Regeln §§ 2, 3)
" ("Tapetenhandel"), WuW/E BKartA 1329 f. (Regeln §§ 4 Nr. 1, 2; 7)
LKartB ("Fliesenregeln"), WuW/E LKartB 64 (Regel § 3 Nr. 4)
" ("Niedersächs. Brauereien"), WuW/E LKartB 78 f. (Regel § 4)
" ("Nordrhein. Kraftfahrlehrer"), WuW/E LKartB 94 (Regel Art. III Nr. 2)
" ("Brauerei-Regeln Baden-Württ."), WuW/E LKartB 138 (Regel § 4)

Auswüchse der Werbung

LKartB ("Nordrhein. Kraftfahrlehrer"), WuW/E LKartB 94 (Regel Art. III Nr. 5)

Ausverkäufe, Sonderveranstaltungen

BKartA ("Büromaschinen"), WuW/E BKartA 1093 (Regel § 10)

Bezugnahme auf Listenpreise bei der Werbung

BKartA ("Kfz-Handel"), WuW/E BKartA 611 (Regel § 7)

Begriffsbestimmung

BKartA ("Diätetische Lebensmittelind."), WuW/E BKartA 806 (Regel A)
" ("Versandhandel"), WuW 67, 491 f. (Regel 1)

Berücksichtigung besonderer Umstände bei Käufern

BKartA ("Versandhandel"), WuW/E BKartA 1187 (Regel 3 Nr. 2 der "Ergänzungen")

Diskriminierungsverbot

BKartA ("Kohleneinzelhandel"), WuW/E BKartA 97 (Regel § 3 Nr. 3)
" ("Ziehereien u. Kaltwalzwerke"), WuW/E BKartA 312 (Regel 3 Nr. 3)
" ("Bauindustrie"), WuW/E BKartA 587 (Regel 6)
" ("Schälmühlen"), WuW/E BKartA 903 (Regel II Nr. 1)
" ("Tapetenhandel"), WuW/E BKartA 1329 (Regel § 4 Nr. 1, S. 1, 2. Halbsatz)

Einschreib- und Bearbeitungsgebühren

BKartA ("Immobilienmakler"), WuW/E BKartA 721 (Regel 10)

Einstellungsverbot Unzuverlässiger

BKartA ("Versandhandel"), WuW/E BKartA 1187 (Regel 5 der "Ergänzungen")

Empfehlung bzw. Verpflichtung, Preislisten zu führen

BKartA ("Kohleneinzelhandel"), WuW/E BKartA 97 (Regel § 2 Abs. II)
" ("Ziehereien u. Kaltwalzwerke"), WuW/E BKartA 312 (Regel 3 Nr. 2)
" ("Schälmühlen"), WuW 61, 854 (Regel II Nr. 1 a. F.)

Fremdbenutzer

BKartA ("Flüssiggas-Großvertriebe"), WuW/E BKartA 874 (Regel § 2 Nr. 5)

Gebot ordnungsgemäßer Kalkulation

BKartA ("Ziehereien u. Kaltwalzwerke"), WuW/E BKartA 312 (Regel 2 Nr. 2)
" ("Kfz-Handel"), WuW/E BKartA 610 (Regel § 2 Abs. II)
" ("Bauindustrie"), WuW/E BKartA 587 (Regel 3)
" ("Schälmühlen"), WuW/E BKartA 903 (Regel I Nr. 2 Abs. II)

BKartA ("Büromaschinen"), WuW/E BKartA 1091 (Regel § 2 Abs. II)
" ("Baustoffhändler"), WuW/E BKartA 1213 (Regel § 3)
" ("Tapetenhandel"), WuW/E BKartA 1328 (Regel § 2 Nr. 3)
LKartB ("Fliesenregeln"), WuW 61, 404 (Regel § 3 Abs. I a. F.)

Generalklausel, Grundsätze des lauteren Wettbewerbs

BKartA ("Kohleneinzelhandel"), WuW/E BKartA 97
" ("Ziehereien und Kaltwalzwerke"), WuW/E BKartA 312
" ("Kfz-Handel"), WuW/E BKartA 610
" ("Bauindustrie"), WuW/E BKartA 587
" ("Immobilienmakler"), WuW/E BKartA 719
" ("Diätetische Lebensmittelindustrie"), WuW/E BKartA 806
" ("Flüssiggas-Großvertriebe"), WuW/E BKartA 873
" ("Büromaschinen"), WuW/E BKartA 1091
" ("Automatenindustrie"), WuW/E BKartA 1111
" ("Lackindustrie"), WuW/E BKartA 1117
" ("Hefeindustrie"), WuW/E BKartA 1166
" ("Versandhandel"), WuW 67, 491
" ("Baustoffhändler"), WuW 67, 581
" ("Markenspirituosen"), WuW 68, 348
" ("Tapetenhandel"), WuW/E BKartA 1328
" ("Elektroleuchten"), WuW/E BKartA 1523
LKartB ("Fliesenregeln"), WuW/E LKartB 64
" ("Niedersächsische Brauereien"), WuW/E LKartB 78
" ("Nordrheinische Kraftfahrlehrer"), WuW/E LKartB 93
" ("Brauerei-Regeln Baden-Württemb."), WuW 66, 961
jeweils in der Präambel und/oder an der Spitze der beantragten WRn.

Gewährleistung, daß die betrieblichen Verpflichtungen erfüllt werden

BKartA ("Kohleneinzelhandel"), WuW/E BKartA 97 (Regel § 2 Abs. I S. 2)
" ("Ziehereien und Kalzwalzwerke"), WuW/E BKartA 312 (Regel 2 Nr. 2, 2. HS)
" ("Bauindustrie"), WuW/E BKartA 587 (Regel 2 Nr. 3)
" ("Schälmühlen"), WuW/E BKartA 903 (Regel I Nr. 2 Abs. II, 2. HS)
" ("Büromaschinen"), WuW/E BKartA 1091 (Regel § 2 Abs. II, letzter S.)
" ("Hefeindustrie"), WuW/E BKartA 1166 (Regel § 2 Nr. 1)
" ("Baustoffhändler"), WuW 67, 581 (Regel § 2 Nr. 2)
" ("Tapetenhandel"), WuW/E BKartA 1328 (Regel § 2 Nr. 2)
LKartB ("Fliesenregeln"), WuW/E LKartB 64 (Regel § 2, 2. HS)
" ("Niedersächs. Brauereien"), WuW/E LKartB 78 (Regel § 3 Nr. 1, S. 2)

LKartB ("Nordrheinische Kraftfahrlehrer"), WuW/E LKartB 94 (Regel Art. II Abs. I, letzter S.)
" ("Kraftfahrlehrer Baden-Württemb."), WuW/E LKartB 107 (Regel Art. II Abs. I, letzter S.)
" ("Brauerei-Regeln Baden-Württemb."), WuW/E LKartB 137 f. (Regel § 3 Nr. 1 S. 1, 2. HS)

Grundsatz der freien Preisbildung

BKartA ("Kohleneinzelhandel"), WuW/E BKartA 97 (Regel § 3, Vorwort)
" ("Ziehereien u. Kaltwalzwerke"), WuW/E BKartA 312 (Regel 2 Nr. 1)
" ("Bauindustrie"), WuW/E BKartA 587 (Regel 2 Nr. 1)
" ("Flüssiggas-Großvertriebe"), WuW/E BKartA 873 (Regel § 2, Vorwort)
" ("Schälmühlen"), WuW/E BKartA 903 (Regel I Nr. 1)
" ("Büromaschinen"), WuW/E BKartA 1091 (Regel § 2 Abs. II, 1. HS)
" ("Baustoffhändler"), WuW 67, 581 (Regel § 2 Nr. 1)
" ("Markensprituosen"), WuW 68, 348 (Regel § 1, 1. HS)
" ("Tapetenhandel"), WuW/E BKartA 1328 (Regel § 2 Nr. 1)
LKartB ("Fliesenregeln"), WuW/E LKartB 64 (Regel § 1)
" ("Nordrheinische Kraftfahrlehrer"), WuW/E LKartB 94 (Regel Art. II, Abs. I, 1. S.)
" ("Fahrlehrerverband Hamburg"), WuW/E LKartB 97 (Regel Art. II, Abs. I, 1. S.)
" ("Kraftfahrlehrer Baden-Württemb."), WuW/E LKartB 107 (Regel Art. II, Abs. I, 1. S.)
" ("Kraftfahrlehrer Niedersachsen"), WuW/E LKartB 135 (Regel Art. II, Abs. I, 1. S.)
" ("Brauerei-Regeln Baden-Württemb."), WuW/E LKartB 137 (Regel § 3 Nr. 1, S. 2, 1. HS)

Grundsatz der Preiswahrheit und -klarheit

BKartA ("Kohleneinzelhandel"), WuW/E BKartA 97 (Regel § 2 Abs. I S. 1)
" ("Ziehereien u. Kaltwalzwerke"), WuW/E BKartA 312 (Regel 3 Nr. 1)
" ("Bauindustrie"), WuW/E BKartA 587 (Regel 2 Nr. 2)
" ("Schälmühlen"), WuW/E BKartA 903 (Regel I Nr. 2 Abs. I)
" ("Büromaschinen"), WuW/E BKartA 1091 (Regel § 2 Abs. I)
" ("Hefeindustrie"), WuW/E BKartA 1166 (Regel § 2 Nr. 2 Abs. I)
" ("Versandhandel"), WuW 67, 492 (Regel 2 Nr. 1, S. 1, 1. HS)
" ("Baustoffhändler"), WuW 67, 581 (Regel § 4)
" ("Markenspirituosen"), WuW 68, 348 (Regel § 1, 2. HS)
" ("Tapetenhandel"), WuW/E BKartA 1328 (Regel § 2 Nr. 4)

LKartB ("Fliesenregeln"), WuW/E LKartB 64 (Regel § 2, 1. HS)
" ("Niedersächsische Brauereien"), WuW/E LKartB 78 (Regel § 3 Nr. 1, S. 1)
" ("Nordrheinische Kraftfahrlehrer"), WuW/E LKartB 94 (Regel Art. II Abs. II)
" ("Fahrlehrerverband Hamburg"), WuW/E LKartB 97 (Regel II Abs. I, S. 2)
" ("Kraftfahrlehrer Baden-Württemb."), WuW/E LKartB 107 (Regel II Abs. I S. 3)
" ("Brauerei-Regeln Baden-Württemb."), WuW/E LKartB 137 (Regel § 3 Nr. 1, S. 1)

Irreführende Werbung, Einzelfälle

BKartA ("Kohleneinzelhandel"), WuW/E BKartA 97 (Regel § 3 Nr. 7)
" ("Ziehereien u. Kaltwalzwerke"), WuW/E BKartA 312 (Regeln 3 Nr. 5; 4)
" ("Kfz-Handel"), WuW/E BKartA 611 (Regeln §§ 5, 6)
" ("Bauindustrie"), WuW/E BKartA 587 f. (Regel 7 S. 1 u. 2)
" ("Immobilienmakler"), WuW/E BKartA 720 (Regeln 2 Abs. I, 3, 4, 6, 7, 8)
" ("Diätetische Lebensmittelindustrie"), WuW/E BKartA 806 ff. (Regeln B Nr. 1, Nr. 2 d, e)
" ("Flüssiggas-Großvertrieb"), WuW/E BKartA 874 (Regel § 2 Nr. 1 b)
" ("Schälmühlen"), WuW/E BKartA 904 (Regel III Nr. 6)
" ("Büromaschinen"), WuW/E BKartA 1092 f. (Regeln §§ 5, 9, 12)
" ("Automatenindustrie"), WuW/E BKartA 1111 f. (Regeln §§ 2, 3, 5, 6, 7 Abs. I)
" ("Lackindustrie"), WuW/E BKartA 1117 (Regeln 1. 1, 1. 2, 1. 4, 1. 5)
" ("Hefeindustrie"), WuW/E BKartA 1166 f. (Regel § 4 Nr. 1 a, b, 4)
" ("Versandhandel"), WuW/E BKartA 1186 f. (Regeln 3 Nr. 2, 4 Nr. 2 a) WuW 67, 492 (Regel 2 Nr. 1 der "Ergänzungen")
" ("Baustoffhändler"), WuW/E BKartA 1214 (Regeln §§ 8, 9 Nr. 2) WuW 67, 582 (Regel § 10 Nr. 1)
" ("Markenspirituosen"), WuW/E BKartA 1235 f. (Regeln §§ 4, 5) WuW 68, 350 (Regel § 11, später Regel § 9)
" ("Tapetenhandel"), WuW/E BKartA 1328 f. (Regeln §§ 4 Nr. 3; 8 Nr. 1)
LKartB ("Niedersächsische Brauereien"), WuW/E LKartB 79 (Regeln § 5 mit Ausnahme der Nr. 1, 2, 3)
" ("Nordrheinische Kraftfahrlehrer"), WuW/E LKartB 94 (Regeln III Nr. 3, 6)
" ("Brauerei-Regeln Baden-Württemb."), WuW 66, 962 (Regeln § 6 Nr. 2, 2. u. 3.)

Irreführung von Kunden

BKartA ("Kohleneinzelhandel"), WuW/E BKartA 97 (Regel § 3 Nr. 6)
" ("Kfz-Handel"), WuW/E BKartA 611 (Regel § 5 Abs. I)

BKartA ("Bauindustrie"), WuW/E BKartA 587 (Regel 5)
" ("Immobilienmakler"), WuW/E BKartA 720 (Regeln 2 Abs. III, 5)
" ("Schälmühlen"), WuW/E BKartA 903 (Regel 3 Nr. 3)
" ("Büromaschinen"), WuW/E BKartA 1092 (Regel § 5 Abs. I)
" ("Automatenindustrie"), WuW/E BKartA 1112 (Regeln 4 Abs. II, 5)
" ("Lackindustrie")l WuW/E BKartA 1117 f. (Regeln 1. 1, 1. 3, 3. 2, (4. 4 b), 6)
" ("Hefeindustrie"), WuW/E BKartA 1166 (Regel § 2 Nr. 2 Abs. II)
" ("Versandhandel"), WuW/E BKartA 1186 (Regeln 3 Nr. 1, 4 Nr. 2 b, 3 Nr. 1 "Ergänzungen")
WuW 67, 492 (Regel 2 Nr. 1, S. 1, 2. HS u. Regel 1 der "Ergänzungen")
" ("Markenspirituosen"), WuW/E BKartA 1236 (Regel § 7)
WuW 68, 350 (Regel § 12, später Regel § 10)
" ("Tapetenhandel"), WuW/E BKartA 1329 f. (Regeln §§ 3 Nr. 2; 5, 6)
" ("Elektroleuchten"), WuW/E BKartA 1523 f. (Regeln 2 b, 3 a)
LKartB ("Fliesenregeln"), WuW/E LKartB 64 f. (Regeln § 3 Nr. 2, § 4)
" ("Niedersächsische Brauereien"), WuW/E LKartB 78 (Regel § 3 Nr. 2)
" ("Nordrheinische Kraftfahrlehrer")l WuW/E LKartB 94 (Regeln Art. II Abs. II, Art. IV)
" ("Brauerei-Regeln Baden-Württemb."), WuW/E LKartB 138 (Regeln §§ 3 Nr. 1, S. 4; 5)

Knebelungsbestimmungen

BKartA ("Versandhandel"), WuW/E BKartA 1187 (Regel 4 Nr. 2 der "Ergänzungen")

Kopplungsgeschäfte

BKartA ("Immobilienmakler"), WuW/E BKartA 720 (Regel 9)
" ("Lackindustrie"), WuW/E BKartA 1118 (Regel 4. 4 c)
" ("Baustoffhändler"), WuW/E BKartA 1214 (Regel § 7)
" ("Tapetenhandel"), WuW/E BKartA 1329 (Regel § 6)

Kreditgefährdung

BKartA ("Kohleneinzelhandel"), WuW/E BKartA 97 (Regel § 3 Nr. 8)
" ("Kfz-Handel"), WuW/E BKartA 611 (Regel § 13)
" ("Bauindustrie"), WuW/E BKartA 587 (Regel 7)
" ("Immobilienmakler"), WuW/E BKartA 720 (Regel 2 Abs. II)
" ("Flüssiggas-Großvertriebe"), WuW/E BKartA 874 (Regel § 2 Nr. 1 b)
" ("Lackindustrie"), WuW/E BKartA 1118 (Regel 3. 1)

BKartA ("Hefeindustrie"), WuW/E BKartA 1166 (Regel § 4 Nr. 1 c)
" ("Versandhandel"), WuW/E BKartA 1187 (Regel 4 Nr. 2 d)
" ("Baustoffhändler"), WuW 67, 582 (Regel § 10 Nr. 2 a)
" ("Elektroleuchten"), WuW/E BKartA 1523 (Regel 2 a)
LKartB ("Fliesenregeln"), WuW/E LKartB 64 (Regel § 3 Nr. 5)
" ("Niedersächs. Brauereien"), WuW/E LKartB 79 (Regel § 5 Nr. 2. 1)
" ("Nordrheinische Kraftfahrlehrer"), WuW/E LKartB 94 (Regel III Nr. 4)
" ("Brauerei-Regeln Baden-Württemb."), WuW 66, 962 (Regel § 6 Nr. 2. 1)

Laienwerbung

BKartA ("Kfz-Handel"), WuW/E BKartA 610 (Regel § 4)
" ("Immobilienmakler"), WuW/E BKartA 720 (Regel 8 S. 3)
" ("Büromaschinen"), WuW/E BKartA 1092 (Regeln §§ 6, 7)
" ("Tapetenhandel"), WuW/E BKartA 1330 (Regel § 8 Nr. 2 c)

Maßstab für den Begriff der guten Sitten

BKartA ("Kohleneinzelhandel"), WuW/E BKartA 97 (Regel § 1 S. 2)
" ("Ziehereien u. Kaltwalzwerke"), WuW/E BKartA 312 (Regel 1 Nr. 2)
" ("Kfz-Handel"), WuW/E BKartA 610 (Regel § 1 S. 2, 3)
" ("Bauindustrie"), WuW/E BKartA 587 (Regel 1 Nr. 2)
" ("Immobilienmakler"), WuW/E BKartA 719 (Regel 1 Abs. I, S. 2)
" ("Flüssiggas-Großvertrieb"), WuW/E BKartA 873 (Regel § 1 S. 2)
" ("Büromaschinen"), WuW/E BKartA 1091 (Regel § 1 Abs. II)
" ("Automatenindustrie"), WuW/E BKartA 1111 (Regel § 1 S. 2)
" ("Lackindustrie"), WuW/E BKartA 1117 (Regel 1. 0 S. 2)
" ("Hefeindustrie"), WuW/E BKartA 1166 (Regel § 1 Nr. 2, S. 2)
" ("Versandhandel"), WuW/E BKartA 1186 (Regel 4 Nr. 1, S. 2, 3)
" ("Baustoffhändler"), WuW 67, 581 (Regel § 1 Nr. 2 Abs. II)
" ("Tapetenhandel"), WuW/E BKartA 1328 (Regel § 1)
" ("Elektroleuchten"), WuW/E BKartA 1523 (Regel 1 S. 2)
LKartB ("Niedersächs. Brauereien"), WuW/E LKartB 78 (Regel § 1 S. 2)
" ("Nordrheinische Kraftfahrlehrer"), WuW/E LKartB 93 (Regel Art. I S. 2)
" ("Brauerei-Regeln Baden-Württemb."), WuW 66, 961 (Regel § 1 S. 2)

Nachahmung von Gegenständen zwecks Behinderung des Mitbewerbers

BKartA ("Elektroleuchten"), WuW/E BKartA 1523 f. (Regel 3 b, c)

Nachlässe, die gegen das UWG verstoßen

BKartA ("Baustoffhändler"), WuW/E BKartA 1214 (Regel § 9 Nr. 3)

Ordnungsgemäße kaufmännische Gepflogenheiten

BKartA ("Versandhandel"), WuW/E BKartA 1187 (Regel 4 Nr. 1 der "Ergänzungen")
WuW 67, 492 (Regel 2 Nr. 1, S. 2)

Pflicht zur Preislistenänderung bei allgemeinem Abweichen

BKartA ("Ziehereien und Kaltwalzwerke"), WuW/E BKartA 312 (Regel 3 Nr. 4)
" ("Schälmühlen"), WuW/E BKartA 903 (Regel II Nr. 2)

Planmäßige und gezielte Preisunterbietung

BKartA ("Kohleneinzelhandel"), WuW/E BKartA 97 (Regel 3 Nr. 2)
" ("Flüssiggas-Großvertriebe"), WuW/E BKartA 874 (Regel § 2 Nr. 1 a)
" ("Schälmühlen"), WuW/E BKartA 903 (Regel III Nr. 2)
" ("Büromaschinen"), WuW/E BKartA 1091 (Regel § 3 Nr. 2)
" ("Lackindustrie"), WuW/E BKartA 1118 (Regel 7 b)
" ("Hefeindustrie"), WuW/E BKartA 1166 (Regel § 3 Nr. 1)
" ("Baustoffhändler"), WuW/E BKartA 1213 (Regel § 5 b)
" ("Tapetenhandel"), WuW/E BKartA 1329 (Regel § 3 Nr. 3)
LKartB ("Fliesenregeln"), WuW/E LKartB 64 (Regel § 3 Nr. 3)
" ("Niedersächsische Brauereien"), WuW/E LKartB 78 (Regel § 3 Nr. 4)
" ("Nordrheinische Kraftfahrlehrer"), WuW/E LKartB 94 (Regel Art. III Nr. 1)
" ("Brauerei-Regeln Baden-Württemb."), WuW/E LKartB 138 (Regel § 3 Nr. 3)

Preisausschreiben

BKartA ("Diätetische Lebensmittelindustrie"), WuW/E BKartA 807 (Regel B Nr. 2 f)
" ("Markenspirituosen"), WuW/E BKartA 1236 (Regel § 8)

Preisauszeichnungspflicht

BKartA ("Kohleneinzelhandel"), WuW/E BKartA 97 (Regel § 2 Abs. II)
" ("Büromaschinen"), WuW/E BKartA 1091 (Regel § 2 Abs. III)

Schmiergelder

BKartA ("Schälmühlen"), WuW/E BKartA 903 (Regel III Nr. 5)
" ("Büromaschinen"), WuW/E BKartA 1093 (Regel § 8 Abs. III)
" ("Lackindustrie"), WuW/E BKartA 1118 (Regel 4. 2)
" ("Baustoffhändler"), WuW 67, 582 (Regel § 10 Nr. 2 b)
" ("Tapetenhandel"), WuW/E BKartA 1330 (Regel § 8 Nr. 2 b)

Selbstkosten, Begriff

BKartA ("Kohleneinzelhandel"), WuW/E BKartA 97 (Regel § 3 Nr. 1, S. 2)
" ("Schälmühlen"), WuW/E BKartA 903 (Regel III Nr. 1, S. 2)
" ("Hefeindustrie"), WuW/E BKartA 1166 (Regel § 3 Nr. 2, Abs. II)
" ("Versandhandel"), WuW 67, 492 (Regel 2 Nr. 3)
LKartB ("Niedersächs. Brauereien"), WuW/E LKartB 78 (Regel § 3 Nr. 3, S. 2)
" ("Brauerei-Regeln Baden-Württemb."), WuW/E LKartB 138 (Regel § 3 Nr. 2, S. 2)

Sicherheits- und Kennzeichnungsvorschriften

BKartA ("Diätetische Lebensmittelindustrie"), WuW/E BKartA 806 (Regel B 1 c)
" ("Flüssiggas-Großvertriebe"), WuW/E BKartA 874 (Regel § 2 Nr. 6)
" ("Lackindustrie"), WuW/E BKartA 1118 (Regel 1. 6)

Übervorteilung

BKartA ("Automatenindustrie"), WuW/E BKartA 1112 (Regel § 7 Abs. II)

Umgehung des Preisrechts

BKartA ("Büromaschinen"), WuW/E BKartA 1092 (Regel § 3 Nr. 4, 5)

Vergleich mit den Leistungen des Mitbewerbers

LKartB ("Nordrheinische Kraftfahrlehrer"), WuW/E LKartB 94 (Regel Art. III Nr. 4)

Verkauf unter Selbstkosten

BKartA ("Kohleneinzelhandel"), WuW/E BKartA 97 (Regel § 3 Nr. 1)
" ("Bauindustrie"), WuW/E BKartA 587 (Regel 4)
" ("Schälmühlen"), WuW/E BKartA 903 (Regel III Nr. 1)
" ("Büromaschinen"), WuW/E BKartA 1091 (Regel § 3 Nr. 1)
" ("Lackindustrie"), WuW/E BKartA 1118 (Regel 7 a)
" ("Hefeindustrie"), WuW/E BKartA 1166 (Regel § 3 Nr. 2)
" ("Versandhandel"), WuW 67, 492 (Regel 2 Nr. 2)
" ("Baustoffhändler"), WuW/E BKartA 1213 (Regel § 5 a)
" ("Tapetenhandel"), WuW/E BKartA 1329 (Regel § 3 Nr. 1)
LKartB ("Fliesenregeln"), WuW/E LKartB 64 (Regel § 3 Nr. 1)
" ("Niedersächs. Brauereien"), WuW/E LKartB 78 (Regel § 3 Nr. 3)
" ("Nordrheinische Kraftfahrlehrer"), WuW 65, 687 (Regel Art. III Nr. 1 a. F.)
" ("Brauerei-Regeln Baden-Württemb."), WuW/E LKartB 138 (Regel § 3 Nr. 2)

Vertragsbruch, Verleiten zum Vertragsbruch, Ausnutzen der Vertragsumgehung

BKartA ("Kfz-Handel"), WuW/E BKartA 610 (Regel § 2 Abs. I)
" ("Immobilienmakler"), WuW/E BKartA 720 (Regel 2 Abs. II, S. 2)
" ("Flüssiggas-Großvertriebe"), WuW/E BKartA 874 (Regeln § 2 Nr. 3, 4)
" ("Baustoffhändler"), WuW/E BKartA 1213 (Regel § 6)
LKartB ("Niedersächsische Brauereien"), WuW/E LKartB 78 (Regel § 2)
" ("Brauerei-Regeln Baden-Württemb."), WuW/E LKartB 137 (Regel § 2 Nr. 1 bis 3)

Verantwortung des Unternehmers

BKartA ("Lackindustrie"), WuW/E BKartA 1118 (Regel 2)

Vertragsstrafe

LKartB ("Nordrheinische Kraftfahrlehrer"), WuW/E LKartB 94 (Regel Art. V)

Verhalten zu Mitbewerbern bei Erfahrungsaustausch

BKartA ("Hefeindustrie"), WuW/E BKartA 1167 (Regel § 7)
" ("Tapetenhandel"), WuW/E BKartA 1330 (Regel § 11)

Werbegeschenke

BKartA ("Kohleneinzelhandel"), WuW/E BKartA 97 (Regeln § 3 Nr. 4, 5)
" ("Diätetische Lebensmittelindustrie"), WuW/E BKartA 807 f. (Regeln B Nr. 2 a, C Nr. 1 b bis e)
" ("Schälmühlen"), WuW/E BKartA 903 (Regel III Nr. 4)
" ("Lackindustrie"), WuW/E BKartA 1118 (Regel 4. 1 Abs. I, 4. 3)
" ("Hefeindustrie"), WuW/E BKartA 1166 f. (Regeln §§ 4, Nr. 2, 3; 5)
" ("Baustoffhändler"), WuW 67, 582 (Regel § 10 Nr. 2 b)
" ("Markenspirituosen"), WuW/E BKartA 1236 (Regel § 6)
LKartB ("Fliesenregeln"), WuW/E LKartB 64 (Regel § 3 Nr. 4)
" ("Niedersächs. Brauereien"), WuW/E LKartB 79 (Regel § 6)
" ("Brauerei-Regeln Baden-Württemb."), WuW 66, 962 (Regel § 7)

Werbeveranstaltungen

BKartA ("Kfz-Handel"), WuW/E BKartA 611 (Regel § 11)
" ("Diätetische Lebensmittelindustrie"), WuW/E BKartA 807 (Regeln B Nr. 2 c, C Nr. 1 a, 2)
" ("Hefeindustrie"), WuW/E BKartA 1167 (Regel § 6 Nr. 7)

Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen

LKartB ("Nordrheinische Kraftfahrlehrer"), WuW/E LKartB 94 (Regel Art. VI)

Von den über 350 hier untersuchten Einzelregeln haben die LKartBn bei keiner einzigen, das BKartA in 6 Fällen die Eintragung der beantragten WR ganz oder teilweise verweigert. Dabei handelte es sich um folgende Regeln:

Regel § 7 des "Kfz-Handels". (Bezugnahme auf Listenpreise bei der Werbung)- WuW/E BKartA 609 ff. und WuW/E BKartA 766 ff. (Einspruchsabt.)

Regel 4 Nr. 1 der "Ergänzungen" des "Versandhandels". (Ordnungsgemäße kaufmännische Gepflogenheiten)-WuW/E BKartA 1186 ff.

Regeln § 4 und § 5 Nr. 1, 3, 4, 6 der "Markenspirituosen". (Irreführende Werbung) - WuW/E BKartA 1233 ff.

Regeln § 1 Nr. 1 und § 4 Nr. 1 des "Tapetenhandels"). (Maßstab für den Begriff der guten Sitten) - WuW/E BKartA 1327 ff.

Die sehr geringe Zahl nicht genehmigter Regeln verleiten zu dem Schluß, die Kartellbehörden hätten den antragstellenden Verbänden einen möglichst breiten Raum für die Aufstellung von WRn eingeräumt. Dies war indessen nicht der Fall. Die Kartellbehörden ließen nämlich schon vor dem Zeitpunkt des Eintragungsbeschlusses erkennen, ob der Eintragung der jeweiligen WR ihrer Meinung nach Bedenken entgegenstanden, was den Antragsteller im allgemeinen dazu veranlaßte, auf solche Regeln entweder ganz zu verzichten, oder eine Neufassung vorzunehmen. Eine mehrfache Änderung war keine Seltenheit. Selbst in dem Zeitraum zwischen der gem. § 32 Abs. I Nr. 1 GWB erforderlichen Bekanntmachung der Eintragungsanträge und dem Eintragungsbeschluß durch die Kartellbehörden wurden im allgemeinen noch zum Teil umfangreiche Änderungen vorgenommen. Freilich ist nicht auszuschließen, daß die eine oder andere Modifizierung auf Initiative des Verbandes selbst, der die WRn eingetragen haben wollte, beruhte, etwa um eine klarere Fassung der Regel mit oft nur redaktioneller Bedeutung zu erreichen. Die Kartellbehörden wiesen aber im Vorwort zu den meisten Eintragungsbeschlüssen darauf hin, daß die Änderung der WRn auf Grund ihrer Beanstandungen und Anregungen erfolgte.

Diese Beschlüsse sind wie folgt aufgebaut: Nach dem schon zitierten Vorwort, das neben der eben genannten Bemerkung eine Vorstellung des Antragstellers enthält, um ihn als Wirtschafts- oder Berufsvereinigung gem. § 28 GWB zu charakterisieren, werden die WRn in ihrer endgültigen Fassung, nicht immer vollständig, aufgeführt. Anschließend folgt die eigentliche Eintragungsbegründung. Die Behörden nahmen sich eine WR nach der anderen einzeln vor und rechtfertigten

die Eintragung bzw. lehnten sie ab. Der Fall, daß eine Regel nur im Zusammenhang mit einer anderen genehmigt bzw. abgewiesen wurde, ist selten und fast ausschließlich auf WRn beschränkt, die den Preiswettbewerb betreffen. Auf alle diese Fragen wird in den folgenden Teilen eingegangen, insbesondere wird dort auch ersichtlich, in welchen Fällen und weshalb die Kartellbehörden ausdrücklich auf einer Änderung der Regeln bestanden, weil ihrer Eintragung sonst Bedenken entgegengestanden wären.

In nahezu allen Eintragungsanträgen haben die Kartellbehörden den Verbänden im wesentlichen gleichlautende, folgende Auflagen gemacht:

1. Der Verband hat alle Vereinbarungen der Beteiligten über die Einhaltung der eingetragenen WRn und alle sonstigen Verträge und Beschlüsse der Wirtschaftsvereinigung, ihrer Mitgliederorganisationen und deren Mitglieder über die Anwendung der eingetragenen WRn dem BKartA (bzw. der LKartB) unverzüglich einzureichen.

2. Die Wirtschaftsvereinigung hat auf Anforderung dem BKartA (bzw. der LKartB) allgemein oder im Einzelfall Entscheidungen und Vergleiche vorzulegen, die in Rechtsstreitigkeiten über die eingetragenen WRn, die Vereinbarungen, Verträge und Beschlüsse im Sinne der Ziff. 1 von oder vor einer Einigungsstelle, einem Schiedsamt, Schiedsgericht oder ordentlichen Gericht erlassen oder geschlossen werden, soweit an den Rechtsstreitigkeiten die Wirtschaftsvereinigung, ihre Mitgliedsorganisationen oder deren Mitglieder beteiligt sind.

Diese Auflagen wurden mit §§ 31, 46 GWB begründet: Die Informationen seien unumgänglich, damit das Amt feststellen könne, ob die praktische Anwendung der eingetragenen WRn Anlaß zur Ablehnung der Eintragung der Regeln gem. § 31 Abs. I GWB begründen würden, was zur Folge hätte, daß die Kartellbehörden die Löschung der Eintragung zu verfügen hätten (§ 31 Abs. III GWB).

Wenden wir uns nunmehr der Eintragungspraxis der Behörden im einzelnen zu: Behandelt werden WRn, die typischerweise in mehreren Eintragungsanträgen zu finden waren, bzw. WRn, bei denen ein Eingehen auf die Praxis aus anderen Gründen lohnend erscheint.

TEIL II
Allgemeine Aussagen der Kartellbehörden zu den Voraussetzungen der Eintragungsfähigkeit von Wettbewerbsregeln

1. KAPITEL
Die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs"

a) Bundeskartellamt

Wie aus § 28 Abs. II GWB (a. F. und n. F.) zu ersehen ist, muß für die Definition und somit für die Eintragungsfähigkeit von WRn von Bedeutung sein, was unter den "Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs" zu verstehen ist. Abgesehen davon haben die Vereinigungen, die gem. § 28 Abs. I GWB WRn für ihren Bereich aufstellen können, sich in den behandelten Eintragungsanträgen bis auf eine einzige Ausnahme [1] in einer Generalklausel, die den jeweils folgenden WRn vorangestellt ist, ausdrücklich zu diesen "Grundsätzen eines lauteren Wettbewerbs" bekannt, sei es, daß dies in einer Präambel niedergelegt worden ist, [2] sei es, daß sie den Inhalt der ersten der beantragten Regeln bestimmten, [3] oder sei es, daß die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" sowohl in der Präambel als auch in der ersten Regel auftauchten. [4] Verbunden war damit fast immer das Gebot, Handlungen zu unterlassen, die den guten kaufmännischen Sitten widersprechen, [5] wobei dann immer der Maßstab für diesen Begriff angegeben wurde.

Bereits in der Eintragungsbegründung der WRn, die dem ersten Antrag seit Inkrafttreten des GWB zugrundelagen, [6] stellte das BKartA fest, daß ein Wesensmerkmal eintragungsfähiger WRn der Zweck sei, die Lauterkeit des Wettbewerbs zu fördern, [7] wobei die Frage, ob WRn bezwecken und geeignet sind, den Grundsätzen lauteren Wettbewerbs in einem Wirtschaftszweig erhöhte Geltung zu verschaffen, in erster Linie nach den Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und seinen Nebengesetzen, insbesondere des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung zu beurteilen sei. [8]

Dabei, so sagte das BKartA weiter, verwende das GWB den Begriff "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs", der im GWB nicht definiert sei, als anerkannten Rechtsbegriff des allgemeinen Wettbewerbs. [9] Die Lauterkeit des Wettbewerbs sei als Wertbegriff aufzufassen, der seinen Sinn und Inhalt aus dem Gebot der guten Sitten und der Beachtung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften erhalte. [10]

Der Tätigkeitsbericht 1959 übernahm fast wörtlich diese Ausführungen [11] und folgerte aus der Feststellung des BKartA über die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs", daß sich hier bereits eine Lösung der Frage des zulässigen Inhalts von WRn abzeichne. [12]

Durch die Präambel des Antrags der Wirtschaftsverbände der "Ziehereien und Kaltwalzwerke" [13] sah sich das Amt zum ersten Male gezwungen, Stellung zu nehmen zu dem Verhältnis "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" - (gesunder) "Leistungswettbewerb", [14] denn sie besagt, daß die Wirtschaftsvereinigung die WRn aufstellt, um einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken und einen gesunden Leistungswettbewerb sicherzustellen. [15]

Der Begriff "Leistungswettbewerb" ist vom BKartA allerdings schon vor dieser Entscheidung gebraucht worden, ohne daß sich das Amt jedoch näher damit befaßte. So wurde im Tätigkeitsbericht 1958 bemerkt, daß das in den §§ 28 ff. GWB festgelegte Verfahren über die Eintragung von WRn jetzt die Gewähr dafür biete, daß die Regeln ohne Beschränkung des Wettbewerbs der Ausschließung eines unlauteren Verhaltens im Wettbewerb und der Anregung und Förderung des Leistungswettbewerbs dienen könnten, [16] wobei das Amt in demselben Bericht diese Formulierung dem Abschlußbericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik des Bundestages entnahm. [17] Im Vorwort zum Tätigkeitsbericht 1959 führte das BKartA aus, daß die Aufgabe, den Leistungswettbewerb zu fördern, um die Funktionsfähigkeit des Marktmechanismus zu erhalten, zum Schutz der marktwirtschaftlichen Ordnung gegen Formen des Kollektivismus gehöre. [18] Weiter stellte es fest, daß der Leistungswettbewerb nur in Teilbereichen unserer Wirtschaft verwirklicht sei. [19] Im Tätigkeitsbericht 1959, der fast wörtlich die Ausführungen des BKartA zum Begriff "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" übernahm, [20] ist ergänzend davon die Rede, daß zum Schutze des Leistungswettbewerbs nur solche Regeln vereinbart werden könnten, die auf Förderung der Lauterkeit gerichtet seien. [21]

Obwohl in allen diesen Stellungnahmen der Begriff "Leistungswettbewerb" ganz selbstverständlich gebraucht wurde und obwohl das Amt im Tätigkeitsbericht 1959 sogar WRn zum Schutze des Leistungswettbewerbs als eintragungsfähig betrachtete, (wenn sie auf Förderung der Lauterkeit gerichtet sind), [22] drückte sich das Amt in "ZuK" [23] äußerst vorsichtig aus: Das Amt bezog sich zunächst ausdrücklich auf die Definition der "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs", die es seinem Beschluß "Kohleneinzelhandel" zugrundelegte. [24] Da in ihr die Rede davon war, daß dieser "anerkannte Rechtsbegriff" seinen Sinn und Inhalt auch aus dem "Gebot der guten Sitten" erhalte, [25] legte das Amt unter Hinweis auf die h. M. im Schrifttum zum UWG den Begriff der Sittenwidrigkeit funktionsbezogen aus und sah den sittlich-rechtlichen Unwertcharakter regelmäßig und in gewissem

Grade durch die Feststellung indiziert, ob und inwieweit sie dem Leistungsprinzip als dem Sinngehalt wirtschaftlichen Wettbewerbs widerspreche.[26] Daraus folgert das BKartA: "Man wird daher bei der Beurteilung von WRn ebenfalls davon ausgehen können, daß Bestimmungen, die geeignet sind, den Leistungswettbewerb zu fördern, im allgemeinen auch den Grundsätzen lauteren Wettbewerbs i. S. d. § 28 Abs. II GWB entsprechen und als WRn die vom GWB geschützte Freiheit des Wettbewerbs nicht beeinträchtigen." [27]

Daß sich das BKartA mit dieser Feststellung nicht abschließend mit dem Problem des Leistungswettbewerbs in Zusammenhang mit WRn befaßt haben wollte, ergibt sich daraus, daß die Beschlußabt. nicht kategorisch feststellte, daß Bestimmungen, die geeignet sind, den Leistungswettbewerb zu fördern, auch den Grundsätzen lauteren Wettbewerbs entsprechen, sondern daß sie die Formulierung wählte: "Man wird ... davon ausgehen können, ... daß (diese Bestimmungen) ... im allgemeinen ... auch den Grundsätzen lauteren Wettbewerbs i. S. d. § 28 Abs. II GWB entsprechen." Hinzu kommt die Aussage, daß das BKartA bei dieser Entscheidung nicht die Problematik verkannte, die sich daraus ergibt, daß eine allgemeine Definition des Begriffs "Leistungswettbewerb" fehlt. Jedoch sei es nach Ansicht der Beschlußabt. in dieser Entscheidung möglich, diesen Begriff in seinem wettbewerbsrechtlichen Wesensgehalt soweit zu erfassen, daß er bei der Beurteilung von WRn ein brauchbarer Maßstab sein könne. Mit diesem könne das Amt im Einzelfall kartellrechtswidrige Beschränkungen des Wettbewerbs, die seine Funktion hindern, von einer sachgerechten Regelung des funktionsfähigen Wettbewerbs, die ihn in seiner sozialen Ordnung vor Entartung und Verfälschung schützt, abgrenzen.[28]

Die unsichere Haltung des Amtes zu dieser Frage in diesem Beschluß kommt auch darin zum Ausdruck, daß es eine Formulierung der entsprechenden Regel nicht zuließ, bei der der Zweck der WRn, einen gesunden Leistungswettbewerb sicherzustellen, an den Beginn der Präambel gestellt wird und der Zweck, einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken, optisch erst an zweiter Stelle folgt. Die Wirtschaftsvereinigung der "ZuK" hatte nämlich diese Reihenfolge in der ursprünglichen Fassung ihrer Präambel gewählt.[29] Das BKartA genehmigte die Präambel aber nur in der Form, daß der Zweck der WRn, einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken, zuerst genannt wird.[30]

In demselben Beschluß erhob das BKartA allerdings Bedenken wegen des vom Verband gebrauchten Ausdrucks "gesunder" Leistungswettbewerb und betonte, daß es der Auffassung von Vertretern der Antragsteller, unlauter sei, was gesunden kaufmännischen Grundsätzen widerspreche, in dieser Verallgemeinerung nicht folgen

könne, denn WRn dienten der Verwirklichung lauterer, d. h. sittlich-rechtlicher Grundsätze im Wettbewerb, nicht aber unmittelbar der Durchsetzung wirtschaftspolitischer Ziele oder wirtschaftlicher Interessen. [31)]

Aus dieser Formulierung schließt SACK, [32)] daß das BKartA hier den Begriff "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" anders auslegte als im Beschluß "Kohleneinzelhandel" [33)] und auch im Beschluß "ZuK", wo die Beschlußabt. an anderer Stelle ausdrücklich auf die Definition dieses Begriffes in "Kohleneinzelhandel" Bezug nahm, [34)] daß sie nämlich hier ausklammerte, daß dieser "anerkannte Rechtsbegriff" auch durch die Beachtung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften Sinn und Inhalt erhalte [35)] und nur betont, daß WRn der Verwirklichung sittlich-rechtlicher Grundsätze im Wettbewerb dienten. [36)]

Es ist jedoch höchst unwahrscheinlich, daß das BKartA in demselben Beschluß unter "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" einmal die Definition aus dem vorangegangenen Beschluß wiederholte und dann davon wieder abwich. Dagegen spricht insbesondere, daß das Amt in einigen darauffolgenden Eintragungsbeschlüssen [37)] bei der fraglichen Definition seine Meinung in "Kohleneinzelhandel" aufführte und dabei auch die Entscheidungsgründe des Beschlusses "ZuK" zitierte. Vielmehr liegt der Schluß nahe, daß die Beschlußabt. in "ZuK" nicht eine Definition wortwörtlich wiederholen wollte, die sie bereits einige Zeilen vorher gebraucht hat. Dem BKartA kam es hier darauf an, dem Antragsteller klarzumachen, daß die Durchsetzung wirtschaftlicher Ziele oder wirtschaftlicher Interessen keinesfalls der Verwirklichung sittlich-rechtlicher Grundsätze dient und daß deshalb eine WR dieses Inhalts nicht eingetragen werden dürfe. Aus diesem Grunde stimmte es dem Begriff "gesunder" Leistungswettbewerb auch nur zu unter Zugrundelegung der Auffassung, daß damit ein "echter", "wahrer" oder "unverfälschter" Leistungswettbewerb gemeint sei, d. h. ein Wettbewerb, in dem die Wettbewerber ihre eigene sachliche Leistung anböten und zum Vergleich stellten. [38)]

Um diesen Unterschied herauszustellen, bedurfte es nicht der vollständigen Wiederholung der Definition "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs". Daraus ergibt sich auch, daß das BKartA nicht ausschließen wollte, daß dieser Begriff seinen Sinn und Inhalt auch aus der Beachtung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften erhält. [39)]

Der Tätigkeitsbericht 1960 übernahm wörtlich die Definition der Beschlußabt. [40)]

In seinem dritten Eintragungsbeschluß [41)] hatte das BKartA wiederum über die Eintragungsfähigkeit der Präambel zu den WRn zu entscheiden und mußte somit erneut zu den "Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs" Stellung nehmen. Dabei betonte das Amt, daß die Festsetzung des Zwecks der WRn durch die antragstellenden Verbände nicht identisch zu sein brauche mit dem Wortlaut des § 28 Abs. II

GWB. Es genüge, wenn die Formulierung mit dem Sinngehalt des § 28 Abs. II GWB übereinstimme.[42]

Die Beschlußabt. wiederholte ihre Definition der "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" der ersten beiden Eintragungsentscheidungen.[43] Darüber hinaus sah sie keine Veranlassung, darüber zu befinden, ob "Leistungswettbewerb" "lauterer Wettbewerb" i. S. d. § 28 Abs. II GWB ist, denn die Präambel des "Kfz-Handels", so führte das Amt aus, unterscheide sich von der Präambel in "ZuK" dadurch, daß hier die Förderung des Leistungswettbewerbs kein selbständiger Zweck der WRn sei. Die Verwendung des Begriffs "Leistungswettbewerb" begegne aus diesem Grunde keine Bedenken.[44] Die Beschlußabt. entnahm dies dem Wortlaut der Präambeln: Während in "ZuK" davon die Rede ist, daß die WRn aufgestellt wurden, "um einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken und einen gesunden Leistungswettbewerb sicherzustellen",[45] hat der Zentralverband des Kfz-Handels die Regeln aufgestellt, "um Handlungen, die wettbewerbsrechtlich unzulässig, insbesondere mit den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs nicht vereinbar sind, entgegenzuwirken und dadurch einen Leistungswettbewerb zu fördern".[46] Das Amt betonte dabei, daß WRn, die wettbewerbsrechtlich unzulässigen Handlungen entgegenwirken sollen, geeignet seien, den Leistungswettbewerb zu fördern.[47]

Die Bezugnahme auf den Tätigkeitsbericht 1958[48] sowie auf den Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik[49] ist allerdings verwirrend, weil hier gerade die Ansicht vertreten wurde, daß die Förderung des Leistungswettbewerbs ein selbständiger Zweck von WRn sein dürfe.[50] Dann würde man ohne weiteres auch sagen können, daß die Förderung des Leistungswettbewerbs erst recht in der Präambel zulässig ist, wenn sie keinen selbständigen Zweck darstellt. Daß die Beschlußabt. so nicht argumentieren wollte, ist daraus ersichtlich, daß sie hier - das ergibt der Umkehrschluß - Bedenken gegen den Begriff "Leistungswettbewerb" als selbständigen Zweck von WRn äußerte.[51] Daraus kann gefolgert werden, daß das BKartA den Tätigkeitsbericht 1958 und den Ausschußbericht[52] in diesem Beschluß enger interpretierte als im Beschluß "ZuK", nämlich in dem Sinne, daß die genannten Quellen zumindest besagen, daß es im Sinne der §§ 28 bis 33 GWB liege, daß WRn, die wettbewerblich unzulässigen Handlungen entgegenwirken sollen, geeignet seien, den Leistungswettbewerb zu fördern.[53]

Bereits oben[54] wurde gesagt, daß das BKartA in diesem Beschluß die Definition des Begriffs "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" aus früheren Entscheidungen wiederholte. Aus der unmittelbar anschließenden Äußerung des Amtes, es entspreche der Systematik des Wettbewerbsrechts, wenn in der Präambel der Verstoß gegen die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs, "d. h. gegen das Gebot der guten Sitten, als Sonderfall wettbewerbsrechtlich unzulässigen Verhaltens"

aufgefaßt werde,[55] folgert SACK,[56] daß sich hier zwei verschiedene Aussagen des BKartA über den Begriff des unlauteren Wettbewerbs gegenüberstehen: Einerseits sei der Begriff der Unlauterkeit bestimmt durch das Gebot der guten Sitten und die übrigen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften, andererseits werde die Unlauterkeit als identisch mit der Sittenwidrigkeit als ein Sonderfall wettbewerbsrechtlich unzulässigen Verhaltens angesehen, d. h. es würden nicht alle Formen unzulässigen Wettbewerbs als sittenwidrig und damit als unlauter in einem engeren Sinne behandelt.[57]

Die scheinbar widersprüchlichen Auffassungen des Amtes erklären sich aus dem Wortlaut der Präambel des "Kfz-Handels", die den Begriff "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs", nicht aber den des "Gebots der guten Sitten" enthält:

> "Die folgenden WRn hat der Zentralverband des Kfz-Handels und -gewerbes e. V. (ZDK) für den Bereich des Kraftfahrzeughandels und -gewerbes aufgestellt, um Handlungen, die wettbewerbsrechtlich unzulässig, insbesondere mit den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs nicht vereinbar sind, entgegenzuwirken und dadurch einen Leistungswettbewerb zu fördern.[58]

Wenn daher das BKartA sagte, daß beides, das Gebot der guten Sitten und die Beachtung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften in der Präambel zur Grundlage der Regeln des antragstellenden Verbandes gemacht wurden,[59] so zeigte es damit, daß es den Begriff "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" in der Präambel dieses Verbandes auffaßte als identisch mit dem Begriff "Gebot der guten Sitten". Nur mit dieser Auslegung ist die Aussage des Amtes verständlich, auch das Gebot der guten Sitten sei zur Grundlage der WRn gemacht worden. Das BKartA verstand also hier unter "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs", bedingt durch den Wortlaut der Präambel, etwas anderes als in § 28 Abs. II GWB.[60] Daraus folgt, daß das Amt von der eingangs erwähnten Definition[61] auch hier nicht abwich.

Unberührt hiervon bleibt die Meinung der Beschlußabt. bestehen, der Verstoß gegen das Gebot der guten Sitten werde als Sonderfall wettbewerbsrechtlich unzulässigen Verhaltens aufgefaßt. Auch hier nahm das BKartA zum Wortlaut der Präambel[62] der Regeln des "Kfz-Handels" Stellung, die als Ziel der Aufstellung der WRn das Entgegenwirken von Handlungen sieht, "die wettbewerbsrechtlich unzulässig, insbesondere[63] mit den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs nicht vereinbar sind". Daraus ist aber kein Anhaltspunkt ersichtlich, woraus abgeleitet werden könnte, daß hier nicht alle Formen unzulässigen Wettbewerbs als sittenwidrig behandelt werden.[64] "Sonderfall" bedeutet vielmehr der besondere Fall des wichtigsten Erscheinungsgebietes wettbewerbsrechtlich unzulässigen Verhaltens.

Genausowenig trifft es zu, hier eine Auslegung des Begriffs "Gebot der guten Sit-

ten" durch das BKartA zu sehen,[65] wenngleich die Beschlußabt. sagte, daß diese Auslegung der "Systematik des Wettbewerbsrechts" entspreche.[66] Das Amt interpretierte hier lediglich die Präambel des antragstellenden Verbandes und brachte dies auch im Eintragungsbeschluß zum Ausdruck.[67] Daß diese Auslegung nach Meinung der Beschlußabteilung der "Systematik des Wettbewerbsrechts" entspreche, bedeutet nicht zwingend, daß sie dieses Kriterium für eine eigene Auslegung des Begriffs "Gebot guter Sitten" als ausschlaggebend ansah.

Das BKartA gebrauchte also in diesem Beschluß keine neue Definition des Begriffs "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs".

Im Beschluß vom 29. 3. 1963[68] führte das BKartA aus, daß die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs", die als anerkannter Rechtsbegriff des allgemeinen Wettbewerbsrechts zu verstehen seien, ein Verhalten im Wettbewerb kennzeichneten, das den Vorschriften und Grundsätzen des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb und anderer, den Geschäftsverkehr aus sittlich-rechtlichen Gründen ordnender Gesetze unter Berücksichtigung der hierzu ergangenen Rechtsprechung entspreche.[69]

Bei Begründung der Eintragung der Regel 3 des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie sagte das Amt weiter, daß es wettbewerblich vertretbar sei und dem Sinn und Zweck der WRn entspreche, in den Begriff "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" i. S. d. § 28 Abs. II GWB auch "anerkannte Ordnungsgrundsätze einer Branche" einzubeziehen.[70]

Wenn bis zu diesem Eintragungsbeschluß gesagt werden konnte, daß das BKartA den Begriff "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" immer so definierte, wie es ihn im ersten Beschluß gebrauchte,[71] so ist hier eine Modifizierung erkennbar: Die Beschlußabt. trennte diesen Begriff nicht mehr in der Weise, daß sie den Sinn und Inhalt dieser Grundsätze aus dem Gebot der guten Sitten <u>und</u> den wettbewerbsrechtlichen Vorschriften entnimmt, sondern sie differenzierte:

1. Um "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" handele es sich immer, wenn Vorschriften und Grundsätze des UWG angesprochen seien, wobei das Amt davon ausging, daß alle Vorschriften des UWG sittlich-rechtlichen Gehalt haben.[72]
2. Handele es sich um ein Verhalten, das Vorschriften oder Grundsätze anderer Gesetze entspreche, so sei dies nur dann unter "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" einzureihen, wenn diese Gesetze den Geschäftsverkehr aus sittlich-rechtlichen Gründen ordneten, wobei die hierzu ergangene Rechtsprechung zu berücksichtigen sei.[73]

Das bedeutet, daß das BKartA nunmehr nicht mehr wie in den vorangegangenen

Beschlüssen alle wettbewerbsrechtlichen Vorschriften ohne Einschränkung zu den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zählte, sondern nur noch die des UWG. Außerdem hatte in diesem Beschluß das Gebot der guten Sitten nicht mehr schlechthin, sondern nur noch insoweit Bedeutung, als hiermit Grundsätze des UWG oder Grundsätze anderer, den Geschäftsverkehr aus sittlich-rechtlichen Gründen ordnender Gesetze unter Berücksichtigung der Rechtsprechung angesprochen sind.[74] Welche Gesetze hier gemeint sind, sagte das Amt jedoch nicht.

Hier ist also eine Einschränkung des bisher gebrauchten Begriffs der "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" ersichtlich.[75] Daraus kann aber nicht geschlossen werden, daß nach Ansicht des BKartA zum Recht des unlauteren Wettbewerbs nur noch das gehöre, was vom UWG erfaßt werde.[76] Wenn das Amt diese Auslegung gewählt hätte, hätte es nicht ausdrücklich auch andere sittlich-rechtlich fundierte Gesetze mit in die Definition aufgenommen, sondern nur gesagt, daß es unter "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" nur ein Verhalten im Wettbewerb verstehen will, das den Vorschriften und Grundsätzen des UWG gerecht wird. Für diese Auffassung spricht auch, daß das BKartA in demselben Beschluß auch "anerkannte Ordnungsgrundsätze einer Branche" in den Begriff "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" einbezog.[77] Nach der eben geschilderten Auffassung der Beschlußabt. müßte es sich, da keine gesetzlichen Vorschriften vorhanden sind, hier um Grundsätze entweder des UWG oder anderer Gesetze handeln, die den Geschäftsverkehr aus sittlich-rechtlichen Gründen ordnen.

Im UWG ist anerkannt, daß gewisse Verstöße gegen Standes- und Ehrenordnungen sowie Verstöße gegen Berufsanschauungen im Rahmen des § 1 UWG beachtlich sind, wobei allerdings nicht so weit gegangen werden darf, jeden zu Wettbewerbszwecken begangenen Verstoß gegen diese Ordnungen als unlauter i. S. d. § 1 UWG zu bezeichnen.[78] Dies würde ins Uferlose führen.[79] Für § 1 UWG ist vielmehr maßgebend die Auffassung der Berufsgenossen unter Berücksichtigung der Allgemeinheit.[80] Eine Wettbewerbshandlung ist nicht schon deshalb sittenwidrig, weil sie gegen Richtlinien von Verbänden verstößt. Solche Anordnungen sind lediglich als Indiz für eine bestehende Standesauffassung zu werten.[81] Deswegen kann nicht generell gesagt werden, jeder Verstoß gegen anerkannte Ordnungsprinzipien einer Branche reiche für die Anwendung der Generalklausel des § 1 UWG aus. Dieser Schluß würde sich aber ergeben, wenn die Beachtung der anerkannten Grundsätze einer Branche als einer der Grundsätze des UWG anzusehen wäre.

Da keine Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, daß das BKartA in diesem Beschluß abweichend von der h. M. bereits die Einhaltung anerkannter Ordnungsprinzipien einer Branche als Grundsatz des UWG ansehen wollte, bleibt nur der Schluß, daß es sich hier um Grundsätze anderer Gesetze handelt, die den Geschäftsverkehr aus sittlich-rechtlichen Gründen ordnen.

Es folgte der Beschluß "Immobilienmakler".[82] In der Präambel des Bundesverbandes Ring Deutscher Makler ist als Zweck der Aufstellung der WRn u. a. angegeben, "einen gesunden Leistungswettbewerb sicherzustellen".[83] Das BKartA hätte hier also Gelegenheit gehabt, seine Auffassung in "ZuK"[84] zu präzisieren und zu der Frage Stellung zu nehmen, ob es die Sicherstellung des (gesunden) Leistungswettbewerbs zu den "Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs" zählt.

Die Beschlußabt. wich hier erstmals von ihrer Praxis ab, diesen Begriff im Eintragungsbeschluß zu definieren. Statt dessen ging sie, entgegen der bis dahin vertretenen Auffassung[85] davon aus, daß in dieser Formulierung die Zweckbestimmung der WRn i. S. d. § 28 GWB in "unbedenklicher Weise" gekennzeichnet worden ist.[86] Eine Abkehr von der bisherigen Meinung, es sei bedenklich, den Begriff "Leistungswettbewerb" in die WRn aufzunehmen, ist auch daraus ersichtlich, daß hier, im Gegensatz zum Eintragungsbeschluß "ZuK", die Präambel auch in der vom Verband gewünschten Fassung eingetragen wurde, die den Zweck der WRn, "einen gesunden Leistungswettbewerb sicherzustellen" dem Zweck, "einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten der Makler im Wettbewerb entgegenzuwirken", voranstellt.[87]

Ohne die vorausgegangenen Eintragungsbeschlüsse zu erwähnen, ließ das Amt jetzt generell auch Regeln zu, die Tatbestände enthalten, die nicht im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb selbst geregelt oder von der dazu ergangenen Rechtsprechung entschieden sind.[88] Die Beschlußabt. begründete seine Auffassung, die eine Wandlung in seiner Eintragungspraxis bedeutete, nicht mehr wie bisher, indem es eine Definition des Begriffs "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" aufstellte und die betreffende Präambel darunter subsumierte, sondern nahm ausschließlich zu dem Problem Stellung, welche Grenzen für die Eintragungsfähigkeit von WRn zu ziehen sind.[89]

WOLF schließt aus dieser Begründung, daß die Unterordnung des Leistungswettbewerbs unter den lauteren Wettbewerb i. S. d. UWG hier aufgegeben wurde.[90] Dies ist jedoch verfehlt. Das BKartA betonte zwar in diesem Beschluß nicht ausdrücklich, daß die Regeln "lauterkeitsbezogen" sein müssen.[91] Aber auch hier war, wie in allen vorangegangenen Entscheidungen ausschlaggebend, daß in der Präambel die Zweckbestimmung der WRn i. S. d. § 28 GWB gekennzeichnet wurde.[92] Daß das Amt diese Voraussetzung immer am Anfang seiner Eintragungsbegründung erwähnte, zeigt, daß es wie selbstverständlich davon ausging, daß die Zweckbestimmung der WRn nach § 28 Abs. II GWB ein Wesensmerkmal eintragungsfähiger WRn sei, auch ohne daß es dies ausdrücklich betonte.[93] Zwar sprach die Beschlußabt. davon, daß die Grenze für die Zulässigkeit von WRn der Schutz lauteren Verhaltens im Wettbewerb und der Zweck sei, einen echten Leistungswettbewerb zu fördern, so daß die Förderung des Leistungswett-

bewerbs neben dem Schutz lauteren Verhaltens im Wettbewerb zu stehen scheint.[94] Jedoch muß in diesem Zusammenhang nochmals darauf hingewiesen werden, daß das Amt in diesem Beschluß betonte, daß in der Präambel die Zweckbestimmung der WRn i. S. d. § 28 Abs. II GWB (a. F.) in "unbedenklicher Weise" gekennzeichnet worden sei und die Begründung der Eintragung dieser Präambel daran aufhängte, daß nach § 28 Abs. II GWB WRn u. a. ein den Grundsätzen lauteren Wettbewerbs entsprechendes Verhalten anregen sollen.[95] Das bedeutet aber, daß auch hier die Sicherstellung des Leistungswettbewerbs lauterkeitsbezogen sein mußte und nur deshalb als selbständiger Punkt behandelt wurde, um klarzumachen, daß die zweite Alternative des § 28 Abs. II GWB (a. F.)[96] dieselbe Bedeutung hat wie die erste.[97]

Überraschend ist, daß das BKartA hier entgegen früherer Bedenken[98] nunmehr die Sicherstellung eines "gesunden" Leistungswettbewerbs als einen Zweck der WRn ansah.[99] Dabei ging es davon aus, daß mit dem Wort "gesund" das Streben nach Lauterkeit zum Ausdruck gebracht werden solle.[100] Damit stellte die Beschlußabt. eine neue Definition dieses Begriffs auf. Erstaunlich ist, daß das Amt nicht die Definition wiederholte, die es bereits seinem Eintragungsbeschluß "ZuK"[101] zugrundelegte, obwohl der Bundesverband Deutscher Makler, offensichtlich im Hinblick auf "ZuK" erklärte, daß er unter "gesundem" Leistungswettbewerb einen "echten", "wahren" oder "unverfälschten" Leistungswettbewerb verstanden wissen wollte, wie er als Begriff in Literatur und Rechtsprechung geläufig sei und daß sich damit keinerlei Vorstellungen verbänden, die mit dem geltenden Wettbewerbsrecht nicht in Einklang stünden.[102] Diese Begriffsbestimmung durch den Verband hat die Beschlußabt. hier nur noch zur Bekräftigung und Ergänzung für die Zulässigkeit der Präambel herangezogen.[103] Das BKartA stimmte also dem Attribut "gesund" jedenfalls dann ohne Bedenken zu, wenn der antragstellende Verband keine andere Definition dieses Begriffs gebrauchte, als es selbst in "ZuK" und in diesem Eintragungsbeschluß verwendete. Das selbständige Nebeneinanderstehen beider Interpretationen in diesem Beschluß verbietet die Annahme einer sonst möglichen Schlußfolgerung des Amtes, einem "echten", "wahren" oder "unverfälschten" Leistungswettbewerb sei das Streben nach Lauterkeit immanent.

Die Einspruchsabt. des BKartA bestätigte im Beschluß vom 30. 12. 1963[104] die bisherige Haltung der Behörde, daß die WRn den Grundsätzen lauteren Wettbewerbs in einem Wirtschaftszweig Geltung verschaffen müßten.[105] Dieser Grundsatz, so führte das Amt hier unmißverständlich aus, gelte auch für Regeln, die dem Schutze des Leistungswettbewerbs dienten.[106] Damit wird auch die hier vertretene Auffassung, daß das BKartA in "Immobilienmakler"[107] keine neue Richtung einschlug, bei der auf das Erfordernis der Lauterkeitsbezogenheit von WRn verzichtet wurde, die den Leistungswettbewerb sicherstellen, bestätigt.[108]

Der Tätigkeitsbericht 1963 enthält neben der Übernahme der wesentlichen Eintragungsgründe des BKartA in dem Bericht über den Eintragungsbeschluß "Bauindustrie" [109] relevante Ausführungen über die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs". [110] Mit der Aussage, daß ein leistungsgerechter Wettbewerb auch den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entspreche, [111] steht dieser Tätigkeitsbericht scheinbar in Widerspruch zu dem Eintragungsbeschluß: Dort heißt es bei der Prüfung der Eintragungsfähigkeit einer WR, daß sie sich zwar nicht allgemein aus den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs rechtfertigen lasse, ihre Eignung als WR sich aber aus den besonderen Marktverhältnissen der Bauwirtschaft ergebe. Diese besonderen Bedingungen und die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der Bauwirtschaft machten auch besondere rechtliche Regelungen notwendig, die u. a. einen leistungsgerechten Wettbewerb sichern. [112]

WOLF schließt hieraus, daß das BKartA in diesem Beschluß von einem eigenständigen Begriff "leistungsgerecht" ausging, der eben etwas anderes bedeute als "lauter", wobei diese Trennung im Tätigkeitsbericht 1963 wieder "verwischt" worden sei. [113]

Legt man die Definition zugrunde, die das BKartA im Beschluß "Bauindustrie" zu den "Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs" gebrauchte und von der hier auszugehen ist, [114] so lautet die Aussage der Beschlußabt., daß eine Regel, die ihre Grundlage nicht "allgemein" in den Vorschriften und Grundsätzen des UWG und anderer, den Geschäftsverkehr aus sittlich-rechtlichen Gründen ordnender Gesetze unter Berücksichtigung der hierzu ergangenen Rechtsprechung habe, dadurch, daß sie einen leistungsgerechten Wettbewerb sichere, dennoch einen besonderen Fall darstelle, der sich von den "allgemeinen" Fällen abhebe und bei dem die Regel zu den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs gehöre.

Der Tätigkeitsbericht 1963 "verwischt" also nichts, sondern klärt in einem Satz, wie das Amt seine Ausführungen im Eintragungsbeschluß "Bauindustrie" verstanden wissen wollte. Nicht eine Trennung zwischen eintragungsfähigen Regeln, die einen leistungsgerechten Wettbewerb sichern und eintragungsfähigen Regeln, die lauterkeitsbezogen sind, nahm das BKartA vor, sondern es brachte zum Ausdruck, daß die Sicherung des leistungsgerechten Wettbewerbs einen Sonderfall darstelle, bei dem die Regel abweichend von der in diesem Beschluß aufgestellten Definition dennoch zu den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zähle. Das bedeutet nichts anderes, als daß die im Eintragungsbeschluß "Bauindustrie" gebrauchte enge Definition im Ergebnis wieder erweitert wurde.

Deutlich wird dies auch, wenn die Beschlußabteilung am Ende dieses Eintragungsbeschlusses darauf hinwies, daß WRn, die einem leistungsgerechten, unverfälschten Wettbewerb zuwiderlaufen, nach der vom Verband selbst proklamierten Berufsauffassung einen Verstoß gegen die guten kaufmännischen Sitten bedeute, [115]

denn die Beachtung dieser "guten kaufmännischen Sitten" gehöre zu den Grundsätzen des UWG und somit gemäß der Definition des Amtes [116] auch zu den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs.

Gegenüber den Beschlüssen "ZuK" [117] und "Immobilienmakler" [118] fällt auf, daß hier die Rede ist von einem "leistungsgerechten" Wettbewerb und nicht von "Leistungswettbewerb". Jedoch darf mit der wohl h. M. [119] davon ausgegangen werden, daß der Begriff "leistungsgerechter Wettbewerb" sich von dem des "Leistungswettbewerbs" nicht unterscheidet.

Trotz verschiedener Eintragungsbegründungen, die sich aus der unterschiedlichen Begriffsbestimmung der "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" erklären, ist das Amt von seiner Auffassung in "ZuK" [120] nicht abgewichen. Auch hier ging das BKartA davon aus, daß auch die Förderung des Leistungswettbewerbs zu den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs gehört.

Im Eintragungsbeschluß "Diätetische Lebensmittelindustrie" [121] kehrte das BKartA wieder zu der Übung zurück, den Begriff "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" zu definieren, nachdem der Verband den Wortlaut des § 28 Abs. II GWB (a. F.) in seiner Präambel unter dem ergänzenden Hinweis, die Werbung wahr und klar zu gestalten, übernommen hat. [122] Dabei wiederholte es die weite Auffassung der ersten drei Entscheidungen, [123] indem es ausführte, daß dieser Begriff als anerkannter Wertbegriff des allgemeinen Wettbewerbsrechts aufzufassen sei, der seinen Sinn und Inhalt aus dem Gebot der guten Sitten und der Beachtung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften erhalte. [124] Keine Bedenken hatte das Amt deshalb, auch die Wahrheit und Klarheit in der Werbung als diesem Grundsatz angehörend zu betrachten. [125] Damit hielt es sich im Rahmen der eben gebrauchten Definition der "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs", denn diese Prinzipien sind im UWG verankert. [126]

Aus dem Umstand, daß die Beschlußabt. bei dieser Auslegung dieser Grundsätze von einer "ständigen Entscheidungspraxis" des BKartA sprach, [127] ist ersichtlich, daß sie die engere Definition in "Bauindustrie" [128] als Ausnahme ansah, an der sie nicht festhalten wollte.

Im Beschluß der Einspruchsabt. des BKartA vom 14. 5. 1964 [129] knüpfte das Amt an den Eintragungsbeschluß "Immobilienmakler" an, [130] wenn es davon ausging, daß auch der "Leistungswettbewerb" vom Begriff des "lauteren Wettbewerbs" i. S. d. § 28 Abs. II GWB umfaßt werde. [131] Weiterhin wurde daran festgehalten, daß auch WRn, die den Leistungswettbewerb fördern, lauterkeitsbezogen sein müßten, wobei eine mittelbare Lauterkeitsbezogenheit genüge. [132]

Mißverständlich ist allerdings die Äußerung der Einspruchsabt. im selben Beschluß, wenn sie ausführte, daß WRn trotz Verstoßes gegen § 31 GWB bei Vorliegen beson-

derer Umstände eingetragen werden dürften, wenn sie zugleich dem Schutze des Leistungswettbewerbs dienten [133] und dann fortfuhr: "Die hiernach erforderliche Voraussetzung, daß die Regel dem lauteren Wettbewerb in einem Wirtschaftszweig Geltung verschafft, ist im vorliegenden Fall gegeben." [134] Durch diese unglückliche Formulierung könnte man geneigt sein zu glauben, das Amt folgerte das Erfordernis der Lauterkeitsbezogenheit bereits daraus, daß die Regel dem Schutze des Leistungswettbewerbs dient.
Dies kann jedoch nicht gemeint sein, denn es sind auch Regeln denkbar, die den Leistungswettbewerb fördern, aber nicht unbedingt lauterkeitsbezogen sind. [135] Davon ging auch das Amt aus. Im Beschluß vom 30. 12. 1963 betonte es ausdrücklich, daß das Erfordernis der Lauterkeitsbezogenheit von WRn auch für WRn gelte, die dem Schutz des Leistungswettbewerbs dienten. [136] Dieser Betonung hätte es nicht bedurft, wenn das BKartA von dem eben erwähnten Gedanken sich hätte leiten lassen. Daß das Amt hier eine derart gravierende Abweichung von diesem Beschluß ohne jede Auseinandersetzung zum bisherigen Standpunkt wollte, mit der Folge, daß nicht lauterkeitsbezogene Regeln keine WRn zum Schutze des Leistungswettbewerbs sein könnten, ist undenkbar, zumal das BKartA in einem früheren Beschluß Zweifel hatte, ob die Förderung des Leistungswettbewerbs überhaupt zu den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs gehört. [137]

Hinzu kommt, daß das Amt einige Zeilen zuvor in diesem Beschluß ebenfalls neben der Feststellung, daß eine WR den Leistungswettbewerb fördere, ausdrücklich die Lauterkeitsbezogenheit dieser Regel als maßgebend für ihre Eintragungsfähigkeit prüfte. [138]

Wenn das Amt also sagte, daß Regeln eingetragen werden dürften, die einen Verstoß gegen § 31 Abs. I GWB bedeuteten, wenn sie zugleich dem Schutze des Leistungswettbewerbs dienten und fortfuhr, daß es eine "hiernach" erforderliche Voraussetzung sei, daß die Regel lauterkeitsbezogen sei, so war gemeint, daß die Regel "außerdem" lauterkeitsbezogen sein müsse.

Im Eintragungsbeschluß vom 27. 11. 1964 [139] stellte der Verband der Flüssiggas-Großvertriebe in der Präambel den Zweck seiner WRn dar, indem er die Zweckbestimmung des § 28 Abs. II GWB (a. F.) wiederholte. [140] Auf eine Definition des Begriffs "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" verzichtete das Amt erneut.

Der Eintragungsantrag des Fachverbandes der Schälmühlenindustrie [141] enthielt weder eine Präambel, noch wurde in einer der Regeln allgemein der Zweck der WRn dargestellt. Deshalb sah das Amt sich auch hier nicht veranlaßt, eine allgemeine Stellungnahme zum Begriff "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" abzugeben. Auf der Linie des Beschlusses der Einspruchsabt. vom 14. 5. 1964 [142] traf die Beschlußabt. die Feststellung, daß von § 28 Abs. II GWB grundsätzlich

auch Regelungen erfaßt würden, durch welche lediglich Voraussetzungen für ein lauteres Verhalten der beteiligten Unternehmen im Wettbewerb geschaffen werden würden.[143] Damit wurde wiederum unterstrichen, daß ein mittelbarer Lauterkeitsbezug einer Regel genüge, um § 28 Abs. II GWB (a. F.) Genüge zu tun.

Auch der Tätigkeitsbericht des BKartA für das Jahr 1964 brachte nichts allgemeines über den Begriff "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs", was im Hinblick auf die oben angeführten Beschlüsse in diesem Jahr nicht verwundert.

Im Jahre 1965 war kein Eintragungsbeschluß des BKartA zu verzeichnen. Trotzdem nahm das Amt im Vorwort zum Tätigkeitsbericht 1965 zu den WRn Stellung. Was die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" anbelangt, so wurde wieder betont, daß die Anregung und Förderung des Leistungswettbewerbs ein zulässiger Zweck der WRn sei und somit von diesem Begriff umfaßt werde.[144] Hier ging das Amt aber zum ersten Male über diesen Zweck hinaus und entwickelte seine Auffassung, indem es zunächst feststellte, daß die Vorschriften der § 28 ff. GWB wie alle Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen der Sicherung des Wettbewerbs als dem grundlegenden Prinzip der Sozialen Marktwirtschaft dienten.[145] Weiter sagte das Amt, von diesem Standpunkt aus konsequent, daß, nachdem das GWB durch den Schutz und die Förderung des lauteren Wettbewerbs nicht nur die Lauterkeit im Geschäftsverkehr, sondern vor allem auch die Leistungsgerechtigkeit im Wettbewerb schützen und fördern solle, WRn auch insoweit zulässig seien, als durch sie der Leistungswettbewerb geschützt und gefördert werde.[146]

Diese Aussage wiederholte, was in diesem Tätigkeitsbericht zu Anfang bereits geäußert wurde, jedoch, und das ist der wesentliche Unterschied, wurde nicht auf den Zweck des § 28 Abs. II GWB (a. F.) für sich, sondern auf den eben geschilderten Gesamtzweck des GWB schlechthin abgestellt. Daraus folgerte das Amt, daß durch WRn auch ein Verhalten untersagt werden dürfe, das zwar nicht unlauter sei, aber doch außerhalb eines Leistungswettbewerbs liege und geeignet sei, die Wirksamkeit des Wettbewerbs wesentlich zu beeinträchtigen.[147]

Dadurch, daß also der Zweck von WRn auch nach dem Zweck des GWB beurteilt wurde, ergab sich, daß nunmehr auf das Erfordernis der Lauterkeitsbezogenheit von WRn gänzlich verzichtet wurde,[148] es vielmehr genügte, daß der Leistungswettbewerb gefördert werde und zwar, so betonte das BKartA, sei es die Entscheidung des Gesetzgebers gewesen, den Wettbewerb in jeglicher Weise zu schützen und zu fördern.[149]

In keinem der drei Eintragungsbeschlüsse des Jahres 1966[150] wurde auf die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" näher eingegangen. Dies erklärt sich einmal daraus, daß zwar in der Präambel des Gesamtverbandes Büromaschinen, Büromöbel und Organisationsmittel e. V., die eine Zweckbestimmung der Aufstellung

von WRn enthält, die Förderung des Leistungswettbewerbs neben dem Zweck der Verhinderung unlauterer Geschäftsmethoden steht,[151] es aber nach der eben geschilderten Auffassung des BKartA im Tätigkeitsbericht 1965[152] gleichgültig war, ob die Regel lauterkeitsbezogen ist, oder ob sie den Leistungswettbewerb fördert, denn in beiden Fällen hielt sie das Amt für eintragungsfähig. Die Präambel wurde in den Eintragungsgründen auch mit keinem Wort erwähnt.[153] Zum anderen wurde in "Automatenindustrie" und "Lackindustrie" auf eine Präambel, die den Zweck der WRn festlegt, verzichtet und lediglich im Rahmen der 1. Regel zum Ausdruck gebracht, daß die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs einzuhalten und Handlungen, die den guten kaufmännischen Sitten widersprechen, zu unterlassen sind.[154]

Durch ein Urteil des BGH[155] sah das Amt sich im Tätigkeitsbericht 1966[156] veranlaßt, seine weite Auffassung im Tätigkeitsbericht 1965[157] wieder aufzugeben und mit dem BGH zu verlangen, daß WRn für ihre Eintragungsfähigkeit lauterkeitsbezogen sein müssen. Damit kehrte das BKartA wieder zu der bisherigen Praxis zurück. Es hat nicht seine Ausführungen im Tätigkeitsbericht 1965, wie KELLERMANN meint, lediglich "etwas eingeschränkt".[158]

Dem Amt ist jedoch zuzugeben, daß seine Entscheidungspraxis auf diese Eintragungsvoraussetzung bis dahin niemals verzichtete, was es in diesem Tätigkeitsbericht betonte.[159] Dies ergibt sich daraus, daß in den Beschlüssen, die der weiten Auslegung des BKartA im Tätigkeitsbericht 1965 bis zum Tätigkeitsbericht 1966 folgten,[160] ausschließlich Regeln eingetragen wurden, die lauterkeitsbezogen waren. Auch die Präambel des Antrages "Büromaschinen"[161] steht dem nicht entgegen: Zwar wurde oben vermutet,[162] daß auf die Präambel im Beschluß deshalb nicht eingegangen wurde, weil sie nach den Ausführungen im Tätigkeitsbericht 1965 auf jeden Fall eingetragen werden konnte. Wenn das BKartA allerdings jetzt im Tätigkeitsbericht 1966 zum Ausdruck bringen wollte, daß es in der Entscheidungspraxis immer die Lauterkeitsbezogenheit einer Regel prüfte, so kann dies nur bedeuten, daß es wie bei früheren Eintragungsbeschlüssen,[163] obwohl die Förderung des Leistungswettbewerbs in der Präambel neben dem Zweck steht, unlautere Geschäftsmethoden zu verhindern, auch in diesem Beschluß davon ausging, daß Regeln, die den Leistungswettbewerb fördern, lauterkeitsbezogen sein müssen.

Auch die Eintragungsbeschlüsse des Jahres 1967[164] brachten keine Stellungnahme zu den "Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs". Als Zweck der WRn wird in "Versandhandel" der Wortlaut des § 28 Abs. II GWB (a. F.) wiederholt,[165] während in der Präambel in "Hefeindustrie"[166] wieder neben dem Bestreben, Handlungen entgegenzuwirken, die unzulässig, insbesondere mit den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs nicht vereinbar sind, die Sicherstellung des unverfälsch-

ten Leistungswettbewerbs tritt. In beiden Beschlüssen wurde die Eintragung der Regeln, soweit sie überhaupt begründet wurden, ausschließlich mit der Lauterkeitsbezogenheit der WRn gerechtfertigt, bzw. abgelehnt, falls diese Voraussetzung nach Ansicht des Amtes nicht gegeben war. Im Hinblick darauf kann davon ausgegangen werden, daß das BKartA weiterhin bezüglich des "Leistungswettbewerbs" an seiner Auffassung im Tätigkeitsbericht 1966 [167] festhielt.

Im Tätigkeitsbericht 1967 enthielt sich das Amt ebenfalls einer eigenen Äußerung über den Begriff "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" und brachte lediglich im Vorwort [168] die verschiedenen Meinungen der Mitglieder des Arbeitskreises Kartellrecht über den zulässigen Inhalt von WRn, wobei es darauf hinwies, daß gegen den Begriff "Leistungswettbewerb" in der Diskussion erhebliche Bedenken geäußert worden seien. [169]

Über die Eintragungsbeschlüsse des Jahres 1968 [170] kann ähnliches gesagt werden wie über die von 1967. Wiederum wurden die Regeln in Bezug auf ihre Eintragungsfähigkeit nur daraufhin überprüft, ob sie lauterkeitsbezogen waren. Die Präambeln der Verbände, die den Leistungswettbewerb erwähnen, [171] geben seine Förderung unselbständig als Ziel der Förderung des lauteren Wettbewerbs an. Das Amt brauchte hierauf auch aus diesem Grunde nicht einzugehen.

Es folgte der Eintragungsbeschluß "Tapetenhandel". [172] Auch hier wurden sämtliche Regeln nur auf ihren Lauterkeitsbezug hin geprüft. Im Gegensatz zu einigen Beschlüssen, die dem Urteil des BGH vom 15. 7. 1966 [173] folgten, [174] beanstandete das BKartA hier die ursprüngliche Präambel des Verbandes, weil der Zweck, einen leistungsgerechten und unverfälschten Wettbewerb zu sichern, selbständig neben dem Zweck stand, einen lauteren Wettbewerb zu sichern. [175] Das Amt gab sich nicht damit zufrieden, daß es die Regeln in ihrer Entscheidungspraxis ausschließlich auf ihre Lauterkeitsbezogenheit hin prüfte, [176] sondern verlangte eine Änderung der Präambel, derzufolge es Zielsetzung der Regeln sein soll, den lauteren Wettbewerb zu fördern "und dadurch zugleich" einen leistungsgerechten und unverfälschten Wettbewerb zu fördern, sowie unlauteren geschäftlichen Maßnahmen entgegenzutreten. Somit sah es die Behörde als klargestellt an, daß der leistungsgerechte und unverfälschte Wettbewerb "nach dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des § 28 GWB" (a. F.) nur dann und insoweit nach § 28 Abs. II GWB (a. F.) berücksichtigt werden könne, als er vom Begriff des lauteren Wettbewerbs umfaßt werde. [177]

Damit brachte das Amt unmißverständlich zum Ausdruck, daß auf die Lauterkeitsbezogenheit der Regel keinesfalls verzichtet werden könne und es die Richtung beibehalten wollte, die der BGH vorgezeichnet hat. [178]

Der Eintragungsbeschluß "Elektroleuchten" [179] nahm ebenfalls nicht näher Stel-

lung zu den "Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs". Bemerkenswert ist, daß das BKartA hier sämtliche WRn auf ihre Lauterkeitsbezogenheit hin prüfte, obwohl durch die Gesetzesnovelle vom 3. 8. 1973 nach § 28 Abs. II GWB jetzt auch WRn eingetragen werden dürfen, die einem der Wirksamkeit eines leistungsgerechten Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenwirken oder ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten anregen. [180] Der Grund hierfür dürfte sein, daß der antragstellende Verband sowohl in der Präambel, wie auch in den zur Eintragung beantragten WRn von den Möglichkeiten der Neufassung des § 28 Abs. II GWB nicht Gebrauch machte, das Amt somit nicht zu einer Stellungnahme gezwungen wurde, wie sich die Gesetzesänderung auf die Eintragungspraxis auswirkt. Interessant ist aber die Aussage in derselben Entscheidung, eine WR, die eine Hilfsvorschrift darstelle, sei ohne eigenen Lauterkeitsbezug eintragungsfähig. [181]

Die Tätigkeitsberichte 1968 bis 1973 enthalten keine Stellungnahme zu den "Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs".

b) Landeskartellbehörden

Auch bei den WRn, über die die LKartBn zu entscheiden hatten, bekannten sich die Verbände zu den "Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs" [182] bzw. zum "Leistungswettbewerb". [183] Dabei wurde in "Fliesenregeln" und "Niedersächsische Brauereien" der Wortlaut des § 28 Abs. II GWB (a. F.) als Zweck der Aufstellung der WRn wiederholt, während sich im Antrag der Regeln der "Nordrheinischen Kraftfahrlehrer" der Verband zu einem gesunden Leistungswettbewerb bekannte und im Interesse der Öffentlichkeit jeden Verstoß gegen Gesetz und Rechtsprechung vermeiden wollte. [184]

In keinem einzigen der abgedruckten Eintragungsbeschlüsse wurde der Begriff "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" definiert. Soweit die Präambel den Wortlaut des § 28 Abs. II GWB (a. F.) wiederholte, wurde lediglich in einem Beschluß erwähnt, daß der Verband somit den Zweck seiner WRn zutreffend gekennzeichnet habe. [185]

Erstaunlich ist, daß es auch im Eintragungsbeschluß der "Nordrheinischen Kraftfahrlehrer" bezüglich eben genannter Präambel heißt, daß durch sie die Zweckbestimmung i. S. d. § 28 GWB (a. F.) in "unbedenklicher Weise" gekennzeichnet sei. [186] Während aus einigen Eintragungsbeschlüssen des BKartA, [187] sowie aus dem Tätigkeitsbericht 1966 [188] entnommen werden konnte, daß die Förderung des Leistungswettbewerbs lauterkeitsbezogen sein müsse, auch wenn sie dem Wortlaut nach neben dem Zweck steht, die Lauterkeit im Wettbewerb zu fördern,

so kann dies hier trotz dieser Äußerung der LKartB nicht gesagt werden, denn die Präambel dieses Verbandes stellt als Zweck der WRn neben der Förderung eines gesunden Leistungswettbewerbs die Vermeidung jedes Verstoßes gegen Gesetz und Rechtsprechung. Das würde bedeuten, daß der Wertbegriff "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" seinen Sinn und Inhalt nicht nur aus dem Gebot der guten Sitten und der Beachtung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften erhalte,[189] sondern darüber hinaus jeder Verstoß gegen irgendein Gesetz und der dazu ergangenen Rechtsprechung zugleich ein Verstoß gegen die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" wäre. Diese Definition ist eindeutig mit § 28 Abs. II GWB (a. F.) nicht zu vereinbaren, denn es fehlt die Lauterkeitsbezogenheit. Wenn die Behörde aber schon diese Formulierung zuließ, kann nicht mehr davon ausgegangen werden, daß die Förderung des Leistungswettbewerbs nach diesem Beschluß einen Lauterkeitsbezug aufweisen müsse.

Für die einzelnen Regeln spielte die Eintragung dieser Präambel jedoch keine Rolle, weil die Behörde nur lauterkeitsbezogene Regeln eintrug, wobei sie allerdings in einem Falle[190] für die Unlauterkeit von Sonderhonoraren, Nachlässen und Zugaben genügen ließ, daß diese nicht nur nach dem RabattG und der ZugabeVO, sondern auch nach anderen Rechtsvorschriften unzulässig sei.[191] Jedoch ist nicht denkbar, daß eine solche Rechtsvorschrift nicht auch eine wettbewerbsrechtliche oder dem Gebot der guten Sitten entsprechende Vorschrift darstellt, so daß die Behörde hinsichtlich der Einzelregeln die Definition des BKartA seiner Praxis zugrundelegte.

Zusammenfassung

Der Begriff "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs", der aufzufassen sei als anerkannter Wertbegriff des allgemeinen Wettbewerbsrechts, erhalte nach der Auffassung des BKartA seinen Sinn und Inhalt aus dem Gebot der guten Sitten und der Beachtung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften.
Von dieser Definition ist das Amt nur einmal einschränkend abgewichen,[192] wobei aus dem Tätigkeitsbericht 1963 ersichtlich wurde, daß diese Einschränkung durchbrochen werden kann und sich aus den Aussagen eines späteren Beschlusses[193] ergab, daß an der engeren Auffassung, die nicht mehr die Beachtung aller wettbewerbsrechtlichen Vorschriften verlangte und das Gebot der guten Sitten nur noch als relevant ansah, wenn es um die Befolgung von Gesetzen geht,[194] nicht mehr festgehalten wurde.

Eines der zentralen Probleme in diesem Zusammenhang war die Frage, ob der "Leistungswettbewerb" zu den "Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs" gehört und aus diesem Grunde die Förderung des Leistungswettbewerbs bzw. seine Sicher-

stellung ein mit § 28 Abs. II (a. F.) GWB vereinbarer Zweck von WRn sein konnte.

Unproblematisch und daher ohne weiteres eintragungsfähig waren dabei Präambeln, bei denen die Förderung des Leistungswettbewerbs unselbständig neben dem in § 28 Abs. II GWB genannten Zweck stand, wenn also dadurch, daß ein den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufendes Verhalten im Wettbewerb angeregt werden sollte, zugleich der Zweck ausgesprochen wurde, einen Leistungswettbewerb zu fördern.[195]

Wenn allerdings die Sicherstellung des Leistungswettbewerbs selbständig neben dem in § 28 Abs. II GWB (a. F.) genannten Zweck der WRn auftauchte,[196] so ging das Amt zunächst davon aus, daß WRn, die den Leistungswettbewerb fördern, im allgemeinen auch den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entsprechen würden,[197] so daß der lautere Wettbewerb mit dem Leistungswettbewerb gleichgesetzt wurde. Diese Auffassung wurde nur noch in einer einzigen der folgenden Entscheidungen vertreten.[198]

Dazu in krassem Gegensatz steht der Tätigkeitsbericht 1965, in dem das Amt, erkennend, daß es auch Regeln gibt, die den Leistungswettbewerb fördern, aber nicht lauterkeitsbezogen sind, auf das Erfordernis der Lauterkeitsbezogenheit von WRn ganz verzichtete und für die Eintragungsfähigkeit genügen ließ, daß der Leistungswettbewerb gefördert werde.[199] Diese Auslegung des § 28 Abs. II (a. F.) wurde in der Entscheidungspraxis jedoch nie angewandt.

Durchgesetzt hat sich, insbesondere unter dem Einfluß des BGH[200] die Meinung, daß auch die WRn, die den Leistungswettbewerb fördern, nur insoweit eintragungsfähig seien, als sie einen Lauterkeitsbezug aufweisen,[201] wobei ein mittelbarer Lauterkeitsbezug genüge[202] und diese Lauterkeitsbezogenheit in der Präambel eindeutig zum Ausdruck gebracht werden müsse.[203] Daraus ergibt sich, daß durch die Zulassung von WRn, die den Leistungswettbewerb fördern, keine Ausweitung der Eintragungsvoraussetzungen von WRn gem. § 28 Abs. II GWB (a. F.) zu erkennen war. Die Neufassung des § 28 Abs. II GWB beruhte auf der Erkenntnis, daß nach der Praxis des BKartA und des BGH die Förderung des Leistungswettbewerbs ohne Lauterkeitsbezogenheit nicht zum Zweck von WRn gemacht werden konnte.

Die Bezeichnung "gesunder" Leistungswettbewerb schadete dabei nicht, wenn mit diesem Ausdruck ein "echter", "wahrer" oder "unverfälschter" Leistungswettbewerb gemeint war,[204] bzw. das Streben nach Lauterkeit zum Ausdruck gebracht werden sollte.[205]

Aus den Entscheidungsgründen der LKartBn kann geschlossen werden, daß sie, indem sie sich jeglicher Stellungnahme enthielten, der Definition der "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" des BKartA anschlossen.

Soweit eine LKartB darüber zu entscheiden hatte, ob Regeln eintragungsfähig sind, die den Leistungswettbewerb fördern, brauchte es dies nur hinsichtlich einer Präambel zu tun.[206] Aus der Eintragungsbegründung zu dieser Präambel wird allerdings ersichtlich, daß sich die betreffende LKartB mit diesem Problem überhaupt nicht beschäftigte.

Anhang: Fußnoten zu Teil II, 1. Kapitel

1) "Schälmühlen", WuW/E BKartA 902 ff., jedoch hat der Fachverband der Schälmühlenindustrie e. V. nach § 2 Abs. II d seiner Satzung für die Erhaltung guter kaufmännischer Sitten einzutreten und den lauteren Wettbewerb zu fördern (vgl. WuW/E BKartA 903).
2) "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 610; "Bauindustrie", WuW/E BKartA 587; "Diätetische Lebensmittelindustrie", WuW/E BKartA 806; "Büromaschinen", WuW/E BKartA 1091; hier ist allerdings die Rede von der "Verhinderung unlauterer Geschäftsmethoden". "Versandhandel", WuW 67, 491; Typisch für den Wortlaut der Präambeln vgl. z. B. die des "Kfz-Handels", s. u. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 20
3) "Lackindustrie", WuW/E BKartA 1117
4) "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 97; "Ziehereien und Kaltwalzwerke", WuW/E BKartA 312; "Immobilienmakler", WuW/E BKartA 719; "Flüssiggas-Großvertriebe", WuW/E BKartA 873; "Automatenindustrie", WuW 66, 263; "Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1166; "Baustoffhändler", WuW 67, 581; "Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1328; "Elektroleuchten", WuW/E BKartA 1523.
5) Davon macht lediglich der Antrag auf Eintragung des Verbandes der diätetischen Lebensmittel e. V. eine Ausnahme, der in seiner Präambel den Zweck des Verbandes mit dem Zweck der WRn nach dem Wortlaut des § 28 Abs. II GWB (a. F.) gleichsetzte (vgl. WuW/E BKartA 806).
6) "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 96 ff.
7) WuW/E BKartA 98
8) a. a. O.
9) a. a. O.
10) a. a. O.
11) TB 1959, S. 50
12) TB 1959, S. 50/51
13) künftig: "ZuK"
14) Diese Frage hat heute wegen der Änderung des § 28 Abs. II GWB keine praktische Bedeutung mehr, s. o. Teil I, S. 1 ff.
15) WuW/E BKartA 312. Hervorhebung vom Verf.
16) TB 1958, S. 59
17) TB 1958, S. 58. Auch im Eintragungsbeschluß "Kohleneinzelhandel" taucht dieser Begriff in Zusammenhang mit der Eintragung der Regel § 3 Nr. 5 auf (s. u. Teil III, 4. Kapitel, 3. a), aa), S. 143 FN 81). Auf die Problematik, ob er zu den "Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs" gehört, ging das BKartA nicht näher ein. Aus der Definition der "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" in diesem Beschluß (s. o. Teil II, 1. Kapitel, a), S. 15 f. ver-

bunden mit der Eintragungsbegründung zu dieser WR kann geschlossen werden, daß das Amt hier schon die Auffassung vertrat, die es in "ZuK" ausdrücklich ausführte (s. u. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 16.

18) TB 1959, S. 7
19) TB 1959, S. 8
20) s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 16.
21) TB 1959, S. 50 f.
22) a. a. O.
23) WuW/E BKartA 301 ff.
24) WuW/E BKartA 304; s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 15 f.
25) s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 16
26) WuW/E BKartA 304, unter Hinweis auf Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl. Anm. 66 ff. Einl. UWG. Hervorhebung vom Verf.
27) a. a. O., unter Hinweis auf Literatur und Rechtsprechung, u. a. auch auf BENKENDORFF, WuW 58, 416 ff., der ohne Einschränkung alles den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zurechnet, was dem Leistungswettbewerb dient (a. a. O. S. 421).
28) WuW/E BKartA 304 f. unter Hinweis auf Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl. Anm. 9 zu § 31 GWB. Konsequent im selben Beschluß, wenn das Amt wiederholte, daß es von einer Übereinstimmung zwischen den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs und denen des Leistungswettbewerbs "ausgehe" (WuW/E BKartA 310).
29) WuW 60, 326
30) WuW/E BKartA 312
31) WuW/E BKartA 305
32) SACK S. 103
33) s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 15 f.
34) s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 16
35) SACK a. a. O.
36) WuW/E BKartA 305
37) "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 612; "Diätetische Lebensmittelindustrie", WuW/E BKartA 808
38) WuW/E BKartA 305
39) WOLF legt dem Umstand, daß das BKartA hier zwei wörtlich verschiedene Definitionen der "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" verwendete, ebenfalls keine Bedeutung bei. Er stellt zunächst unter Verweisung auf das Vorwort zum TB 1960 (S. 12) fest, daß das Amt den Zweck von WRn in der Verwirklichung lauterer, d. h. sittlich-rechtlicher Grundsätze im Wettbewerb sehe. Einige Zeilen darunter übernimmt er die vollständige Definition des Amtes (also unter Einbeziehung der Beachtung der besonderen wettbewerblichen Vorschriften) und sagt, daß das BKartA so den Begriff "Grundsätze des

lauteren Wettbewerbs" verstehe, ohne auf die wörtliche Differenz hinzuweisen, obwohl auch WOLF der Ansicht ist, daß die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" den Zweck der WRn bestimmen (WOLF S. 40 f.)

40) TB 1960, S. 56
41) "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 609 ff.
42) WuW/E BKartA 612; so auch schon in "ZuK", WuW/E BKartA 304
43) s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 15 f., 16
44) WuW/E BKartA 612, Hervorhebung vom Verf.
45) WuW/E BKartA 312, Hervorhebung vom Verf.
46) WuW/E BKartA 610, Hervorhebung vom Verf.
47) WuW/E BKartA 612; s. auch unten Teil II, 2. Kapitel, a) S. 47 f.
48) a. a. O., TB 1958, S. 58
49) a. a. O. Bundestagsdrucksache II/3644, Vorbemerkung zu Abschnitt IV a: Wettbewerbsregeln, zitiert nach WuW/E BKartA 612, abgedruckt in Müller-Henneberg-Schwartz, Gemeinschaftskommentar, 1. Auflage 1958, S. 1195.
50) s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 16
Diesen Ausschußbericht zitierte das BKartA auch im Beschluß "ZuK" (WuW/E BKartA 304), bei dem in der Präambel dieser selbständige Zweck vorlag, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 16
51) WuW/E BKartA 612
52) s. FN 48, 49
53) "zumindest" deswegen, weil das Amt in diesem Beschluß nicht auf das Problem der Förderung des Leistungswettbewerbs als selbständiger Zweck der WRn einzugehen brauchte und deswegen auch keine Veranlassung hatte, von den Eintragungsgründen in "ZuK" abzuweichen.
54) s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 18
55) WuW/E BKartA 612
56) SACK S. 104
57) SACK a. a. O., Hervorhebungen von SACK
58) WuW/E BKartA 610
59) WuW/E BKartA 612, Hervorhebung vom Verf.
60) Dies übersieht SACK, der diese Aussage des BKartA als Aussage über den Begriff "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" schlechthin wertet und konsequent daraus schließt, daß das Amt allgemein "unlauter" und "sittenwidrig" gleichsetzte. (SACK S. 104)
61) s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 15 f., 16, 18
62) s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 20
63) Hervorhebung vom Verf.
64) so SACK S. 104 unter Unterstreichung des Wortes "Sonderfall"
65) a. A. SACK a. a. O.
66) WuW/E BKartA 612, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 20

67) s. FN 66. Das Amt sagte hier, daß "dabei", d. h. bei der Aufstellung der Grundlage der WRn in der Präambel, der Begriff der "guten Sitten" als Sonderfall wettbewerbsrechtlich unzulässigen Verhaltens "aufgefaßt wird" (Hervorhebung vom Verf.) und legte nicht dar, daß es selbst diesen Begriff so auslegen würde.
68) "Bauindustrie", WuW/E BKartA 586 ff.
69) WuW/E BKartA 589
70) WuW/E BKartA 592
71) WuW/E BKartA 98, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 15 f.
72) Dies bezweifelt SACK (S. 104), der der Ansicht ist, daß das Amt die Frage, ob alle Normen des UWG gemeint sind, offen ließ. Das BKartA sprach jedoch von den "Vorschriften des UWG" - es ist kein Anhaltspunkt vorhanden, der darauf schließen läßt, daß einige Bestimmungen des UWG hiervon ausgenommen werden sollten. Daß sie sittlich-rechtlichen Gehalt haben, machte die Beschlußabt. klar, wenn im Anschluß daran von "anderen", den Geschäftsverkehr aus sittlich-rechtlichen Gründen ordnenden Gesetzen die Rede war (vgl. Text).
73) Auf die Rechtsprechung soll es offensichtlich bei den Grundsätzen des UWG (Ziffer 1) nicht ankommen. Hätte das Amt dies gewollt, hätte es diesen Punkt in nähere Beziehung zu Ziffer 2 setzen müssen (vgl. Wortlaut oben Teil II, 1. Kapitel, a) S. 21 und FN 69.
74) a. A. SACK S. 105
75) Im Ergebnis so auch SACK a. a. O.
76) Zu diesem Schluß kommt SACK a. a. O., der davon ausgeht, daß ein Verstoß gegen andere, den Geschäftsverkehr aus sittlich-rechtlichen Gründen ordnende Gesetze auch immer eine Verletzung der guten Sitten im Wettbewerb i. S. v. § 1 UWG bedeuten würde und § 1 UWG dann allenfalls als lex generalis neben einer speziellen, sittlich-rechtlich fundierten Norm nicht zur Anwendung kommen würde.
77) s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 21
78) Baumbach-Hefermehl, Band I, 9. Aufl. 1964, § 1 UWG Rdn. 349
79) Baumbach-Hefermehl a. a. O., die außerdem darauf hinweisen, daß es bedenklich ist, das Unwerturteil der Unlauterkeit einseitig nach Auffassungen einzelner Berufsstände, denen ihre eigenen Interessen am nächsten liegen, zu bestimmen (a. a. O., s. dazu auch unten Teil II, 3. Kapitel, S. 60 ff. Sonst wäre nämlich das Wettbewerbsrecht in die Hände der Verbände und Organisationen gelegt, was dem Sinn der Generalklausel des § 1 UWG widerspricht (Baumbach-Hefermehl a. a. O. UWG Einl. Anm. 62).
80) Baumbach-Hefermehl a. a. O., UWG Einl. Rdn. 56, 57
81) a. a. O.
82) WuW/E BKartA 719 ff.

83) WuW/E BKartA 719

84) WuW/E BKartA 301 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 16

85) "ZuK", vgl. FN 84; "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 609 ff. s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 18

86) WuW/E BKartA 721

87) In "ZuK" setzte das BKartA seine Ansicht, daß der Zweck, "einen gesunden Leistungswettbewerb sicherzustellen" nicht optisch an erster Stelle stehen dürfe, durch, so daß die Regel insoweit (bei sonst gleichem Wortlaut) geändert wurde, daß nunmehr der Zweck, "einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken" an erster Stelle steht (s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 17; WuW/E BKartA 303)

88) WuW/E BKartA 721

89) Wie das Amt die sog. "graue Zone" in seiner Eintragungspraxis berücksichtigt, wird ausführlich in einem eigenen Punkt behandelt (s. u. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 45 ff., 48 f.

90) WOLF S. 42 FN 236; so auch VERSTEYL S. 72 FN 239

91) wie in "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 98; "ZuK", WuW/E BKartA 304, 305, wo davon die Rede war, daß der in § 28 Abs. II GWB (a. F.) festgelegte Zweck ein Wesensmerkmal eintragungsfähiger WRn sei und in "Bauindustrie", WuW/E BKartA 591, allerdings nicht in der Präambel, sondern in Zusammenhang mit Regel 3.

92) WuW/E BKartA 721; auf diese Aussage beschränkte sich das BKartA auch in "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 612 ff.

93) Für diese Meinung spricht auch, daß das Amt sich in "Bauindustrie", WuW/E BKartA 589 ff. in der Präambel auf diese Aussage beschränkte, später aber davon ausging, daß die Regeln lauterkeitsbezogen sein müssen (vgl. FN 91).

94) WuW/E BKartA 721, (Hervorhebung vom Verf.). So auch BENISCH in Schutz des Leistungswettbewerbs S. 23

95) a. a. O. (Hervorhebung vom Verf.). Bei der einzigen WR in diesem Beschluß, bei der in der Eintragungsbegründung des Amtes mit der Förderung des Leistungswettbewerbs argumentiert wurde (Regel Ziff. 9, s. u. Teil III, 7. Kapitel, S. 164), wies es darauf hin, daß die Zulassung von Kopplungsgeschäften in dieser Branche zu einem Verhalten führen könne, das mit der <u>lauteren</u> Berufsauffassung nicht vereinbar wäre (WuW/E BKartA 724, Hervorhebung vom Verf.).

96) ein den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen. Hier spricht man von einer "Förderungsregel".

97) so im Ergebnis auch PETER S. 82/83; REIMERS S. 92

98) "ZuK", WuW/E BKartA 305, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 18

99) WuW/E BKartA 721
100) a. a. O. Dies ist ein weiteres Argument dafür, daß vom Erfordernis der Lauterkeitsbezogenheit in diesem Beschluß nicht abgewichen wurde.
101) WuW/E BKartA 305
102) WuW/E BKartA 721
103) indem sie im Anschluß an ihre Definition des Begriffs "gesunder Leistungswettbewerb" erklärte, daß zudem der Verband diese Begriffsbestimmung verwendet wissen will (a. a. O. Hervorhebung vom Verf.).
104) Einspruch des Zentralverbandes des Kfz-Handels und -gewerbes e. V. wegen Nichteintragung der Regel § 7. WuW/E BKartA 766 ff.
105) WuW/E BKartA 772
106) a. a. O.
107) WuW/E BKartA 719 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 22 ff..
108) s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 24, so auch PETER S. 83/84
109) WuW/E BKartA 586 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 21 ff.
110) Seit dem TB 1961, der ebensowenig wie der TB 1962 zu den hier interessierenden Fragen beiträgt, wird der Tätigkeitsbericht des BKartA nach Wirtschaftszweigen gegliedert.
111) TB 1963, S. 53
112) WuW/E BKartA 591 (Regel 3, s. u. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 77 ff.
113) WOLF S. 48; auch VERSTEYL meint, daß hier die Gleichsetzung von lauterem mit Leistungswettbewerb aufgegeben wurde (S. 70). Auf den TB 1963 geht sie allerdings nicht ein.
114) s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 21
115) WuW/E BKartA 597; WOLF (S. 49) wertet diese Aussage des Amtes als "etwas hohl klingende Rechtfertigung vor den eigenen Aussagen des Jahres 1960".
116) s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 21
117) WuW/E BKartA 301 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 16
118) WuW/E BKartA 719 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 22 ff.
119) BENISCH, Kooperationsfibel, 3. Aufl., S. 346; so auch HAMM, WuW 75, 115; DÖRINKEL, WuW 71, 615; SACK, WuW 70, 203
120) s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 16
121) WuW/E BKartA 805 ff.
122) WuW/E BKartA 806
123) "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 96 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 15 f.; "ZuK", WuW/E BKartA 301 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 16; "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 609 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 18 ff.
124) WuW/E BKartA 808
125) a. a. O.

126) Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl. Band I, § 1 UWG, Rdn. 5, §§ 3, 4 UWG - genauer bei Prüfung der einzelnen Regeln
127) WuW/E BKartA 808
128) WuW/E BKartA 589, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 21 ff. Eine Erweiterung dieser Definition erfolgte erst im TB 1963, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 24 ff.
129) "Bauindustrie II", WuW/E BKartA 813 ff.
130) WuW/E BKartA 719 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 22 ff.
131) WuW/E BKartA 815 unter Berufung auf den schriftlichen Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, s. FN 49
132) WuW/E BKartA 815, so schon grundlegend in "ZuK", WuW/E BKartA 308, s. u. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 46
133) s. dazu unten, Teil II, 2. Kapitel, a) S. 50
134) WuW/E BKartA 815/816; Hervorhebung vom Verf.
135) Beispiele bei BENISCH, Kooperationsfibel, 4. Auflage, S. 441
136) WuW/E BKartA 772 (Einspruchsabt.), s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 24 f.
137) "ZuK", WuW/E BKartA 301 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 16 f. auch im Eintragungsbeschluß "Bauindustrie" sind Zweifel erkennbar, die erst im Tätigkeitsbericht ausgeräumt werden, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 24 ff.
138) Regel 3 der "Bauindustrie", s. u. Teil III, 1. Kapitel, c), aa), S. 79 f.
139) "Flüssiggas-Großvertriebe", WuW/E BKartA 873 ff.
140) WuW/E BKartA 873 - statt "anzuregen" (§ 28 Abs. II GWB (a. F.) 2. Alternative) gebrauchte der Verband das Wort "fördern", was dasselbe bedeutet. Der Begriff "Leistungswettbewerb" wurde nicht gebraucht.
141) WuW/E BKartA 902 ff.
142) "Bauindustrie II", WuW/E BKartA 813 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 26
143) WuW/E BKartA 905
144) TB 1965, S. 14 unter Bezugnahme auf den schriftlichen Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, s. FN 49
145) TB 1965, S. 14
146) a. a. O. Auch hier wird "leistungsgerechter Wettbewerb" so verstanden, daß er dasselbe bedeutet wie "Leistungswettbewerb", s. dazu oben Teil II, 1. Kapitel, a) S. 26
147) a. a. O.
148) so auch WOLF S. 60; REIMERS S. 96
149) TB 1965, S. 15
150) "Büromaschinen", WuW/E BKartA 1090 ff.; "Automatenindustrie", WuW/E BKartA 1111 ff.; "Lackindustrie", WuW/E BKartA 1117 ff.

151) WuW/E BKartA 1091: "Zur Förderung des Leistungswettbewerbs und zur Verhinderung unlauterer Geschäftsmethoden ... haben (die drei Verbände) gemeinsam nachstehende WRn ... aufgestellt." Hervorhebung vom Verf.
152) s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 28 f.
153) Die Entscheidung des BGH vom 15. 7. 1966 (WuW/E BGH 767 ff., s. dazu unten Teil IV, 2. Kapitel, S. 186 ff.) war dem Amt zu diesem Zeitpunkt sicherlich noch nicht bekannt.
154) diese im Hinblick auf § 1 UWG gebrauchte Formulierung, die in fast allen Eintragungsanträgen auftauchte, wird unten Teil II, 3. Kapitel a) S. 60 ff. behandelt.
155) s. FN 153
156) TB 1966, S. 11
157) s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 28 ff.
158) KELLERMANN in: Zehn Jahre BKartA S. 65; ähnlich wie hier auch REIMERS S. 97, der die Meinung KELLERMANNS für "bedenklich" hält. Unrichtig VERSTEYL S. 72, die annimmt, die Auffassung des Amtes im TB 1965 sei im TB 1966 bestätigt worden.
159) TB 66, S. 11; einschränkend WOLF S. 55, der unter Zugrundelegung seiner Ansicht, das Amt sei von dem Erfordernis der Lauterkeitsbezogenheit schon in früheren Beschlüssen abgewichen (s. o. Teil II, 1. Kapitel a) S. 23 u. 25) darlegt, daß die "uferlose" Auslegung wie sie der TB 1965 gebracht habe, in der Praxis bisher nicht angewandt wurde.
160) das sind die in FN 150 genannten
161) s. FN 151
162) s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 28
163) "ZuK", WuW/E BKartA 301 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 16 ff. "Immobilienmakler", WuW/E BKartA 719 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 22 ff.
164) "Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1165 ff.; "Versandhandel", WuW/E BKartA 1186 ff.
165) WuW 67, 491
166) WuW/E BKartA 1166
167) s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 29
168) TB 1967, S. 21 f.
169) TB 1967, S. 22
170) "Baustoffhändler", WuW/E BKartA 1213 ff.; "Markenspirituosen", WuW/E BKartA 1233 ff.
171) "Baustoffhändler", WuW 67, 581; "Markenspirituosen", WuW 68, 348
172) WuW/E BKartA 1327 ff.
173) s. u. Teil IV, 2. Kapitel, S. 186 ff.

174) "Büromaschinen", s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 28
"Hefeindustrie", s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 30

175) vgl. Wortlaut: WuW 69, 14

176) wie das offensichtlich im Beschluß "Hefeindustrie" der Fall war (s. FN 174) - für den Beschluß "Büromaschinen" (s. FN 174) kann dies nicht gesagt werden, weil zum Zeitpunkt der Entscheidung besagtes Urteil dem Amt noch nicht bekannt war und deswegen erst nachträglich im TB 1966 festgestellt wurde, daß die Praxis des BKartA mit dem BGH-Urteil in Einklang steht, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 29

177) WuW/E BKartA 1331, s. auch Präambel S. 1328

178) Daß das Amt bereits im TB 1966 auf diese Meinung umschwenkte, wurde schon erwähnt, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 29

179) WuW/E BKartA 1523 ff.

180) s. hierzu oben Teil I, S. 1 f.

181) WuW/E BKartA 1525

182) "Fliesenregeln", WuW/E LKartB 63 ff.; "Niedersächsische Brauereien", WuW/E LKartB 77 ff.

183) "Nordrheinische Kraftfahrlehrer", WuW/E LKartB 93 ff. Die Regeln der Verbände der Fahrlehrer Hamburg, Baden-Württemberg und Niedersachsen wurden nur teilweise abgedruckt, weil sie im wesentlichen mit den Regeln der "Nordrheinischen Kraftfahrlehrer" übereinstimmen (vgl. WuW/E LKartB 97, 107, 135). Auch vom Abdruck der Präambel der "Brauerei-Regeln Baden-Württemberg" (WuW/E LKartB 137 ff.) wurde abgesehen.

184) WuW/E LKartB 93; Wortlaut: "In Erkenntnis dessen, daß die im Interesse der Öffentlichkeit liegende verkehrssichere Ausbildung der Kraftfahrer nur gewährleistet ist, wenn ein gesunder Leistungswettbewerb vorliegt und jeder Verstoß gegen Gesetz und Rechtsprechung vermieden wird, hat sich der Verband der Kraftfahrlehrer Nordrhein e. V. folgende Wettbewerbsordnung gegeben:"

185) "Fliesenregeln", WuW/E LKartB 66; in "Niedersächsische Brauereien", WuW/E LKartB 77 ff. findet sich keine Äußerung hierzu.

186) WuW/E LKartB 95

187) "ZuK", WuW/E BKartA 301 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 16 ff.
"Immobilienmakler", WuW/E BKartA 719 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 22 ff.

188) s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 29

189) gemäß der weiten Auffassung des BKartA: WuW/E BKartA 96 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 15 f.; 301 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 16 f.; 609 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 18 f.; 808, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 26 f.

190) Regel III Nr. 2

191) WuW/E LKartB 94, 96
192) "Bauindustrie", WuW/E BKartA 586 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 21 ff.
193) "Diätetische Lebensmittelindustrie", WuW/E BKartA 805 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 26 f.
194) s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 21 ff.
195) "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 609 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 18 ff.; "Baustoffhändler", WuW 67, 581, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 30; "Markenspirituosen", WuW 68, 348, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 30; "Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1327 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 30.
196) "ZuK", WuW/E BKartA 301 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 16; "Immobilienmakler", WuW/E BKartA 719 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel a) S. 23; "Büromaschinen", WuW/E BKartA 1090 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 28; "Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1165 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 30.
197) "ZuK", Teil II, 1. Kapitel, a) S. 16
198) "Bauindustrie", WuW/E BKartA 591; TB 1963, S. 53, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 25
199) s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 28 f.
200) WuW/E BGH 767 ff., s. u. Teil IV, 2. Kapitel, S. 186 ff.
201) so auch schon deutlich vor besagter Entscheidung des BGH: Einspruchsabt. "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 772, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 24; und Einspruchsabt. "Bauindustrie II", WuW/E BKartA 815, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 26
nach der Entscheidung des BGH: TB 1966, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 29; "Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1327 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 30
202) das ergibt sich daraus, daß das Amt seine Entscheidungspraxis im Einklang mit dem BGH sieht, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 29 und somit auch die Entscheidung der Einspruchsabt. "Bauindustrie II" mit einbezieht, die mittelbaren Lauterkeitsbezug genügen ließ, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 26
203) "Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1327 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 30
204) "ZuK", WuW/E BKartA 305, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 18
205) "Immobilienmakler", WuW/E BKartA 721, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 24
206) "Nordrheinische Kraftfahrlehrer", WuW/E LKartB 93 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, b) S. 31

2. KAPITEL
Die "graue Zone"

Der Begriff "WRn der grauen Zone" stammt von BENISCH.[1] Er ist geprägt worden unter dem Bemühen, § 1 GWB als Maßstab für die Zulässigkeit von WRn anzusehen[2] und deshalb, unter der weiteren Annahme, daß § 29 GWB keine Ermächtigung gebe, Ausnahmen vom Kartellverbot zu gestatten,[3] Regeln als nicht eintragungsfähig zu betrachten, deren Vereinbarung zur Einhaltung in den Bereich des lauteren Wettbewerbs eingreifen, so daß nur der unlautere Wettbewerb durch WRn geregelt werden dürfte.[4] Dies würde dazu führen, daß WRn nur wiedergeben dürften, was ohnehin schon nach dem UWG und dessen Nebengesetzen verboten ist, so daß WRn nur deklaratorischen Charakter hätten.[5]

Um den Anwendungsbereich der WRn zu erweitern, hält BENISCH auch die sogenannten "WRn der grauen Zone" für eintragungsfähig und versteht darunter

1. WRn zur Ausfüllung von Lücken und Klärung von Zweifeln und Streitfragen im Rahmen des geltenden Rechts betreffend den unlauteren Wettbewerb, die nicht im Gegensatz zu den Grundgedanken des Unlauterkeitsrechts, insbesondere zu ähnlich gelagerten höchstrichterlichen Entscheidungen stehen.
2. WRn außerhalb des Geltungsbereichs des UWG und seiner Nebengesetze zur Feststellung oder Festlegung von brancheüblichen Grundsätzen zur Förderung eines lauteren und eines echten Leistungswettbewerbs, wenn der Wettbewerb im Preis, in der Produktion oder im Absatz nicht beschränkt wird und die Einhaltung der Regel nicht mittels unzulässigen Maßnahmen, wie Sperren und Boykott durchgesetzt wird.[6]

Dieser Ansicht ist ein großer Teil der Literatur gefolgt,[7] teilweise wurden andere Definitionen gebraucht,[8] ein großer Teil der Literatur lehnt den Begriff "graue Zone" überhaupt ab, weil es nach seiner Meinung zwischen Verbot und Erlaubnis keinen Zwischenbereich gebe.[9] In neueren Dissertationen wird der Begriff "graue Zone" abgelehnt, weil er nicht geeignet sei, zur Lösung der Frage beizutragen, unter welchen Voraussetzungen WRn eintragungsfähig sind.[10]

a) Bundeskartellamt

Bereits der erste Tätigkeitsbericht des BKartA nach Inkrafttreten des GWB im Jahre 1958 sah die Frage, was WRn enthalten dürfen, als zentrales Problem dieses Rechtsinstituts an, wobei das Amt darauf hinwies, daß diese Frage in der öf-

fentlichen Diskussion zumeist unter dem Gesichtspunkt der "grauen Zone" behandelt werde.[11] Unter diesem Begriff verstand das BKartA Wettbewerbshandlungen, die nach dem UWG und seinen Nebengesetzen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung nicht verboten seien, jedoch nach Ansicht bestimmter Wirtschaftskreise nicht den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entsprächen und deshalb ausgeschlossen werden sollten.[12] Die Beantwortung der Frage, ob Regeln dieses Inhalts zulässig sind, so fuhr das Amt fort, erfordere eine Stellungnahme zu der Grundsatzfrage, bis zu welchen Grenzen der Wettbewerb kartellrechtlichen Schutz verdiene.[13]

Der durch § 1 GWB geschützte Wettbewerb müsse abgegrenzt werden von den Arten des Wettbewerbs, die nach der Zielsetzung des GWB nicht schützenswert erscheinen.[14] Der Bereich, in dem Wettbewerbshandlungen zwar nicht mehr als schützenswert angesehen werden könnten, jedoch auch nicht gegen das UWG und seiner Nebengesetze verstießen, also der Bereich der "grauen Zone", könne von der Wirtschaft selbst durch WRn abgegrenzt werden.[15] Nach welchen Kriterien diese Abgrenzung vorgenommen werden solle, sagte das Amt ebensowenig wie es die Frage beantwortete, warum dieser Bereich seiner Ansicht nach nicht mehr schützenswert sei.[16]

Ebenso vage war die Aussage im selben Tätigkeitsbericht, WRn[17] könnten Gebote enthalten, deren Verletzung nicht notwendig Verstöße gegen das UWG und seiner Nebengesetze enthielten, wobei, falls die Regeln in den "Randbezirk des Verbotsbereichs des § 1" geraten würden, der Verstoß durch die in § 31 GWB vorgesehene Ermessensentscheidung der Kartellbehörde ausgeschlossen werden könne.[18]

Unter die Definition, die das Amt somit für den Begriff der "grauen Zone" gebrauchte, würden auch WRn fallen, die zwar nicht wettbewerbswidrige Wettbewerbstatbestände regeln, die aber vorbeugend die "Tendenz zur Unlauterkeit" bekämpfen, die einzelnen Wettbewerbsmethoden innewohnt. Für die Eintragungsfähigkeit käme es dann darauf an, ob die in der Regel aufgeführten Wettbewerbshandlungen nach Ansicht der jeweiligen Wirtschaftskreise nicht den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entsprächen und der Wettbewerb bezüglich dieser Handlungen keinen Schutz verdient.[19]

Das BKartA prüfte diese Frage im Eintragungsbeschluß "ZuK"[20] jedoch unter einem ganz anderen Ansatzpunkt, wenn es davon ausging, daß diese Regeln die Voraussetzungen für einen lauteren Wettbewerb schafften und aus diesem Grunde, wie inzwischen allgemein anerkannt sei, eingetragen werden könnten.[21]

Ganz deutlich war hier ein Umschwung in der Auffassung des Kartellamtes über die Grenzen zulässiger WRn zu erkennen. Das Amt orientierte sich nicht an der

"grauen Zone", sondern stellte darauf ab, ob die betreffende Regel lauterkeitsbezogen ist, ob also die Zweckbestimmung des § 28 Abs. II GWB (a. F.), die das BKartA als "Wesensmerkmal eintragungsfähiger WRn" bezeichnete, [22] beachtet wurde. [23] Diese Meinung vertrat das Amt bereits im ersten Eintragungsbeschluß "Kohleneinzelhandel", [24] wobei über Grenzen des zulässigen Inhalts von WRn seiner Ansicht nach nicht zu entscheiden war, weil die Regeln des Verbandes des Kohleneinzelhandels nur Verhaltensweisen einschränkten, die bereits nach dem UWG und dessen Nebengesetzen verboten seien und deswegen nicht den kartellrechtlichen Schutz des GWB beanspruchen könnten. [25] Nachdem in diesen beiden Eintragungsbeschlüssen die Zulässigkeit von WRn unter Aufgabe der im Tätigkeitsbericht 1958 und 1959 geäußerten Auffassung ausschließlich vom Zweck der WRn her beantwortet wurde, könnte man geneigt sein zu glauben, daß die Frage, ob Regeln der "grauen Zone" eintragungsfähig sind, unter diesem Gesichtspunkt keine Bedeutung mehr für die Praxis des Amtes haben könnte.

Ein Urteil des BGH, das sich auch mit dem Verhältnis von § 1 zu § 28 GWB beschäftigte, [26] veranlaßte das BKartA, die Auffassung dieses Gerichts ohne eigenen Kommentar im Tätigkeitsbericht 1962 bekanntzugeben. [27] Danach würden WRn nicht vom Verbotsbereich des GWB erfaßt werden, wenn sie eindeutig unlautere oder gesetzeswidrige Tatbestände, sowie Verträge und Beschlüsse über deren Einhaltung beinhalteten. [28] WRn, die nicht unlautere oder gesetzeswidrige Tatbestände regeln, aber in das Register eingetragen sind, würden dann nach § 29 GWB als eine "nicht dem Einwand des § 1 unterliegende sachgerechte Umgrenzung des schutzfähigen Wettbewerbs" gelten. [29]

Der BGH hat hier zu der Frage der Grenzen der Eintragungsfähigkeit von WRn nicht Stellung genommen. Das BKartA kündigte auch nicht an, daß es dieses Urteil bei seiner Entscheidungspraxis berücksichtigen werde. [30] Daraus kann geschlossen werden, daß das Amt die Meinung des BGH in diesem Urteil nicht als identisch mit seiner Auffassung verstanden wissen wollte. [31]

In "Kfz-Handel" [32] war zum ersten Male in einem Eintragungsbeschluß von einem Bereich der "grauen Zone" die Rede. Das BKartA gebrauchte diesen Begriff in Bezug auf eine Regel, von der das Amt sagte, daß sie eine Handlung verbiete, die zwar nicht in allen Fällen gegen das UWG oder anderer wettbewerbsrechtlicher Vorschriften verstoße, ihre Unterlassung aber zur Ausschaltung des sog. Nichtleistungswettbewerbs oder zur Förderung des Leistungswettbewerbs erforderlich sei und die Regel deshalb dem Zweck diene, ein den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen. [33]

Ob es generell Regeln der "grauen Zone" für eintragungsfähig hält, ließ das Amt hier ausdrücklich offen, weil es nach dem Sinn des Gesetzes der "grauen Zone" allenfalls solche Wettbewerbsformen zurechnen zu können glaubte, "die

für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nur geringe Bedeutung haben". [34] Da diese Voraussetzung verneint wurde und es sich bei der betreffenden Regel somit nach Meinung des BKartA nicht um eine solche der "grauen Zone" handelte, bedurfte es auch keiner Stellungnahme, ob Regeln dieser Art grundsätzlich eingetragen werden können [35] und das Amt prüfte die fragliche WR nur noch daraufhin, ob sie lauterkeitsbezogen ist.

Das Amt "vermischte" hier die Kriterien, die es bis dahin für die Eintragungsfähigkeit von WRn verwendete: [36] Auf der einen Seite wurde das Problem der "grauen Zone" angesprochen und im Hinblick auf § 1 GWB hierzu nur solche Regeln gerechnet, die die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nur geringfügig beeinträchtigen, andererseits stellte die Behörde darauf ab, ob die Regel lauterkeitsbezogen ist, wobei allerdings nicht mehr geprüft wurde, ob dem in der WR normierten Verhalten wenigstens eine "Tendenz zur Unlauterkeit" anhaftet. [37]

Das Amt wollte hier offensichtlich zusammenfassend die Ansichten in der Literatur wiedergeben, nach denen WRn, die zwar nicht eindeutig unlautere, aber im Grenzbereich zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb liegende Tatbestände betreffen, eingetragen werden dürfen, weil sie Methoden verbieten, die leicht die Grenze des rechtlich Zulässigen überschreiten könnten, weil Kräfte eingesetzt werden würden, die mit der echten Leistung, die Gegenstand des Wettbewerbs sein solle, nicht mehr in innerem Zusammenhang stünden. [38]

Das bedeutet aber nichts anderes, als daß das BKartA unter den Bereich der "grauen Zone" hier Regeln mit der "Tendenz zur Unlauterkeit" verstand, die es im vorangegangenen Eintragungsbeschluß "ZuK" ausschließlich daraufhin untersuchte, ob sie lauterkeitsbezogen sind und daher den Zweck von WRn gem. § 28 Abs. II, 2. Alternative GWB (a. F.) zutreffend kennzeichneten. [39] Nachdem das Amt diese Regel aber schon deshalb nicht für zulässig hielt, weil sie die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs erheblich beeinträchtige und aus diesem Grunde eine Eintragung gegen den Sinn und Zweck des GWB verstoßen würde, [40] brauchte es nicht mehr darauf einzugehen, ob dieser WR eine "Tendenz zur Unlauterkeit" innewohnt.

Somit wurde elegant die Frage übergangen, ob wenigstens unter diesem Gesichtspunkt die Eintragungsfähigkeit der Regel zu bejahen gewesen wäre, was dem Amt nicht erspart geblieben wäre, wenn es diese Art von WRn konsequenterweise wie im Beschluß "ZuK" ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Lauterkeitsbezogenheit geprüft hätte. So aber konnte sich das BKartA damit begnügen, festzustellen, daß die betreffende Regel keine unlautere Wettbewerbshandlung enthalte und somit nicht zulässig sei.

Es scheint, das Amt wählte diese Eintragungsbegründung, weil es die Eintragung

dieser Regel scheute. Dies wird ersichtlich, wenn die Behörde sagte, daß sie "auch" eine Rechtsprechung "zementieren" würde und eine sich abzeichnende Rechtsfortbildung auf dem Gebiet, das die Regel beinhalte, behindern würde, wenn sie diese WR für zulässig erachtete, was die Folge des § 29 GWB, nämlich die Freistellung von § 1 GWB nach sich zöge.[41)]

Im Eintragungsbeschluß "Immobilienmakler"[42)] legte das BKartA erstmals dar, warum es WRn für zulässig hält, die nicht nur Handlungen untersagen, die eindeutig gesetzeswidrig sind, sondern darüber hinaus Tatbestände behandeln dürfen, die nicht im UWG selbst geregelt oder von der dazu ergangenen Rechtsprechung entschieden sind.[43)] Das Amt stützte seine Meinung zunächst, indem es mit dem Wortlaut des § 28 Abs. II GWB (a. F.) wieder den Zweck von WRn in den Vordergrund stellte: Schon nach dem Sprachgebrauch bedeute die Anregung zu einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entsprechenden Verhalten mehr als nur eine Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs.[44)] Abgesehen davon, daß für die gesetzliche Verankerung der Institution der WRn kein Sinn zu erkennen sei, wenn in ihnen nur Erläuterungen zum UWG gegeben werden dürften, ergebe sich die Eintragungsfähigkeit solcher Regeln auch aus § 29 GWB. Wenn nämlich darin ausdrücklich bestimmt werde, daß Vereinbarungen, in denen sich die Beteiligten zur Einhaltung von eingetragenen WRn i. S. d. § 28 GWB verpflichten, nicht Verträge oder Beschlüsse im Sinne des § 1 dieses Gesetzes seien, so könne das nur bedeuten, daß die Regeln auch Tatbestände erfassen dürfen, die über den ohnedies nicht vom GWB geschützten Bereich des UWG hinausgehen.

Dabei dürften diese Regeln - für sich allein betrachtet - vielleicht auch in die von § 1 GWB geschützte Sphäre eindringen, wenn sie zur Förderung der Lauterkeit im Wettbewerb sowie zur Steigerung und zum Schutze eines gesunden Leistungswettbewerbs aufgestellt werden und sich daher gegen einen nicht mehr schützenswerten Wettbewerb richteten.[45)] Der Schutz lauteren Verhaltens im Wettbewerb und der Zweck, einen echten Leistungswettbewerb zu fördern, sollten aber die "absolute Grenze" für die Zulässigkeit solcher Regeln darstellen.[46)]

Mit dieser Aussage ist es für die Eintragungsfähigkeit von Regeln, die Tatbestände behandeln, die über den vom UWG und seinen Nebengesetzen erfaßten Bereich hinausgehen, ohne Bedeutung, ob man mit dem Zweck von WRn gem. § 28 Abs. II, 2. Alternative (a. F.) argumentiert, wie dies das Amt bis jetzt tat, wenn es Regeln zuließ, die eine "Tendenz zur Unlauterkeit" erkennen ließen[47)] und deshalb den lauteren Wettbewerb fördern, oder ob darauf abgestellt wird, ob eine "graue Regel" in den Schutzbereich des § 1 GWB fällt,[48)] denn das BKartA sah in diesem Beschluß den Wettbewerb dann nicht mehr als schützenswert an, wenn die Regeln zur Förderung der Lauterkeit oder zur Steigerung bzw.

zum Schutze des Leistungswettbewerbs aufgestellt werden. Dieser Zweck von WRn war also für deren Zulässigkeit entscheidend,[49] ohne daß es darauf ankam, ob in der betreffenden Regel Wettbewerbsformen geregelt werden, die für den Wettbewerb nur geringe Bedeutung haben oder nicht.[50]

Der darauffolgende Beschluß der Einspruchsabt. des BKartA [51] lag auf der gleichen Linie, wenngleich er die Auffassung des Amtes in "Immobilienmakler" wieder einschränkte. Der Zweck von WRn gem. § 28 Abs. II GWB (a. F.), den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs in einem Wirtschaftszweig Geltung zu verschaffen, sei zwar unerläßlich, wenn eine Regel zulässig sein soll, jedoch genüge die Förderung der Lauterkeit alleine noch nicht, um eine WR eintragen zu können, die in den Verbotsbereich des § 1 GWB falle. Es müßten vielmehr noch "besondere Umstände" hinzukommen, damit die Kartellbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen gem. § 31 Abs. I GWB solche Vereinbarungen zulassen könne, wenn sie zugleich dem Schutze des Leistungswettbewerbs dienten.[52] Was das Amt unter "besonderen Umständen" meinte, blieb jedoch offen, weil es darlegte, daß der betreffenden Regel nicht einmal der Tendenz nach eine Unlauterkeit anhafte und sie schon aus diesem Grunde nicht eingetragen werden konnte.[53]

Auch im Jahre 1964 war die Entscheidungspraxis des BKartA nicht einheitlich. Während man sich im Eintragungsbeschluß "Diätetische Lebensmittelindustrie" [54] darauf beschränkte, festzustellen, daß WRn auch einer Branche innewohnende Tendenzen zur Unlauterkeit bekämpfen, oder in einer Branche positiv die Voraussetzungen für einen lauteren Wettbewerb schaffen könnten,[55] ohne zu prüfen, ob schützenswerter Wettbewerb vorliegt,[56] wiesen die folgenden drei Beschlüsse Überlegungen zum Schutzbereich des § 1 GWB in diesem Zusammenhang auf:

Während die Einspruchsabt. in "Bauindustrie II" [57] die Definition der Einspruchsabt. "Kfz-Handel" übernahm [58] und somit eine Freistellung von § 1 GWB nur bei Vorliegen "besonderer Umstände" bejahte, wenn außerdem die Regel zugleich lauterkeitsbezogen ist und dem Schutze des Leistungswettbewerbs dient,[59] nahm das BKartA im Eintragungsbeschluß "Flüssiggas-Großvertriebe" [60] bei einer Regel mit "Tendenz zur Unlauterkeit" eine Abwägung des Interesses an der Förderung der Lauterkeit mit dem an der Erhaltung der Wettbewerbsfreiheit vor.[61]

Bedeutete dies eine deutliche Abkehr von der Auffassung, WRn, die die Lauterkeit förderten, richteten sich nicht mehr gegen einen schützenswerten Wettbewerb [62] und wurden hier die "besonderen Umstände" dahingehend präzisiert, daß bei der Abwägung dieser beiden Interessen die Waagschale zugunsten der Lauterkeitsförderung ausschlagen müsse, so genügte im Beschluß "Schälmühlen" [63] für die Eintragung einer Regel wiederum, daß sie eine der betreffenden Branche innewohnende "Tendenz zur Unlauterkeit" bekämpfe, weil bei der betreffenden Regel nach Ansicht des Amtes eine Wettbewerbsbeschränkung nicht

vorliegen konnte.[64]

Nicht weiter vertieft wurde die Frage, nach welchen Kriterien geprüft werden muß, ob WRn, die Verhaltensweisen regeln, die an sich nicht unlauter sind, aber eine "Tendenz zur Unlauterkeit" aufweisen, in den Eintragungsbeschlüssen der Jahre 1966 bis 1974.[65]

Bemerkenswert ist jedoch im Beschluß "Tapetenhandel", daß das BKartA einen Hinweis auf § 31 Abs. I GWB vermissen ließ. Während es in den meisten Entscheidungen gleich zu Beginn der Eintragungsbegründung routinemäßig darauf hinwies, daß die beantragten, eintragungsfähigen Regeln nicht gegen gesetzliche Vorschriften i. S. d. § 31 Abs. I GWB verstießen,[66] ohne allerdings bei jeder Regel konkret zu prüfen, ob diese Vorschrift tatsächlich verletzt ist, insbesondere, ob gegen § 1 GWB verstoßen wurde, vereinzelt diese Feststellung nur bei Regeln traf, die den lauteren Wettbewerb fördern sollen,[67] bzw. nur eine "Tendenz zur Unlauterkeit" aufweisen,[68] fehlt in "Tapetenhandel" auch bei diesen Regeln eine Bezugnahme auf § 31 Abs. I GWB. Auch die Eintragungsbegründung läßt nicht erkennen, daß das Amt prüfte, ob gesetzliche Vorschriften verletzt werden, die Eintragung wurde vielmehr allein mit § 28 Abs. II GWB (a. F.) begründet.[69]

Dies läßt darauf schließen, daß das BKartA dazu neigt, auch bei WRn der 2. Alternative des § 28 Abs. II GWB (a. F.) den Zweck der Regeln als entscheidend für die Zulässigkeit der Eintragung anzusehen, wobei, wenn dieser festgestellt werden kann, im allgemeinen ein Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften i. S. d. § 31 Abs. I GWB nicht in Betracht kommt. Dieser Beschluß bestätigte, daß es sich bei dem Hinweis des BKartA auf § 31 Abs. I GWB in den meisten Beschlüssen nur um eine bloße Routinefloskel handelte und lediglich in bestimmten Fällen auf diese Bestimmung, besonders in Zusammenhang mit § 1 GWB, eingegangen wurde. Wann dies der Fall war, wird die Praxis zu den einzelnen WRn zeigen.

b) Landeskartellbehörden

In keinem der Eintragungsbeschlüsse der LKartBn kommt der Begriff "graue Zone" vor, obwohl auch diese Behörden Eintragungsanträge für WRn zu behandeln hatten, die ein Verhalten regelten, das nicht nach dem UWG und seinen Nebengesetzen verboten ist.

Im Eintragungsbeschluß "Niedersächsische Brauereien"[70] war der Zweck von WRn für die Eintragungsfähigkeit genauso wichtig wie die Nichtverletzung des Schutzbereichs des § 1 GWB. Die Behörde bestand auf der Änderung verschiede-

ner Regeln, weil sie nach ihrer Auffassung den Wettbewerb i. S. d. § 1 GWB in einem Maße beschränkt hätten, das im Rahmen des der Kartellbehörde gem. § 31 Abs. I GWB eingeräumten Ermessens nicht tolerierbar gewesen wäre und weil andere Regeln auch eine Beziehung zu dem in § 28 Abs. II GWB (a. F.) umschriebenen Zweck nicht eindeutig erkennen ließen oder ihre Auswirkungen nicht klar zu übersehen gewesen wären. [71] Im gleichen Beschluß ist zu erkennen, daß die Behörde keine Bedenken hatte, Regeln einzutragen, die lediglich einer "unlauteren Tendenz" im Wettbewerb entgegenwirken. [72]

Eine konkrete Abwägung zwischen § 1 und § 28 Abs. II GWB bei der Zulässigkeit einer WR ist im Eintragungsbeschluß "Fahrlehrerverband Hamburg" erkennbar. [73] Die LKartB wägte bei dieser Regel die Vor- und Nachteile ihrer Eintragung ab, nachdem sie die Zweckbestimmung des § 28 Abs. II GWB (a. F.) wegen der Eigenart des Gewerbes des antragstellenden Verbandes festgestellt hatte. Dabei war ihr bewußt, daß die betreffende Regel einen gewissen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit bedeutete. [74] Mit entscheidend für die Eintragung war schließlich, daß die WR nach Auffassung der Behörde keine schwerwiegende Beschränkung oder gar ernsthafte Gefährdung des Wettbewerbs darstellte. [75]

Dieselbe Überlegung stellte die LKartB bei der Eintragung einer Regel gleichen Wortlauts im Beschluß "Kraftfahrlehrer Baden-Württemberg" an. [76]

Eine bemerkenswerte Haltung nahm der niedersächsische Minister für Wirtschaft und Verkehr im Beschluß vom 7. 9. 1967 ein. [77] Hier wurde zunächst immer geprüft, ob die jeweilige Bestimmung in den WRn eine Wettbewerbsbeschränkung darstelle. Soweit diese Frage verneint wurde, war nicht unbedingt erforderlich, daß die Regel dem Zweck des § 28 Abs. II GWB (a. F.) diente. Diese Voraussetzung konnte vielmehr dahingestellt bleiben, wenn eine solche Regelung in Zusammenhang mit anderen WRn eingetragen werden sollte, die unter § 28 Abs. II GWB (a. F.) fallen. Insoweit wären derartige Regeln über den Wortlaut des § 28 GWB hinaus eintragungsfähig, denn nach Ansicht der Behörde wäre es bei Vorliegen dieses Zusammenhangs nicht sinnvoll, nur die Regeln mit der Zweckbestimmung des § 28 Abs. II GWB (a. F.) zuzulassen, den Antragsteller im übrigen aber darauf zu verweisen, für die den Wettbewerb nicht beschränkenden Regeln außerhalb des Registers für WRn eine gesonderte Vereinbarung herbeizuführen. [78]

Umgekehrt solle es aber nicht darauf ankommen, ob der Wettbewerb beschränkt werde, wenn die betreffende Regel jedenfalls auch im Rahmen des § 28 Abs. II GWB (a. F.) liege, wobei auch einem Verhalten entgegengewirkt werden könne, das einen "Keim zu unlauteren Maßnahmen" in sich schließe. [79]

Nach dieser Auffassung sind also Regeln, die dem Zweck des § 28 Abs. II GWB (a. F.) dienen, immer eintragungsfähig, also auch wenn ein Verstoß gegen § 1

GWB gegeben ist. Liegt hingegen diese Zweckbestimmung nicht vor, so muß geprüft werden, ob eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Ist dies der Fall, darf die WR nicht eingetragen werden. Liegt hingegen keine Wettbewerbsbeschränkung vor, so ist die WR trotzdem zulässig, wenn eine solche Regelung in Zusammenhang mit anderen WRn eingetragen werden soll, die unter § 28 Abs. II GWB fallen.
Diese letztgenannte Auffassung wurde später vom BKartA nur insoweit bestätigt, als es eine Hilfsvorschrift für eine WR ohne eigenen Lauterkeitsbezug eintrug. [80)]

Mit Ausnahme von zwei Beschlüssen [81)] enthält jede Entscheidung der LKartBn den Hinweis, daß bei genehmigten Regeln keine Ablehnungsgründe nach § 31 Abs. I GWB erkennbar gewesen seien. Im Gegensatz zum Eintragungsbeschluß des BKartA "Tapetenhandel" [82)] wird aus den Eintragungsgründen deutlich, daß geprüft wurde, ob ein Verstoß gegen § 1 GWB vorlag.

Zusammenfassung

Die Praxis des BKartA läßt keinen Zweifel daran, daß nicht nur Regeln eingetragen werden dürfen, die ein Verhalten untersagen, das bereits nach dem UWG und seinen Nebengesetzen verboten ist, sondern auch WRn, die im Gegensatz hierzu kartellrechtlichen Schutz beanspruchen können und über diesen Bereich somit hinausgehen.

Die Grenze der Eintragungsfähigkeit solcher WRn glaubte man zunächst dadurch ziehen zu können, daß für diese Frage maßgeblich sei, inwieweit dem Wettbewerb kartellrechtlicher Schutz zukomme. [83)]

Das BKartA folgte in seinen Eintragungsbeschlüssen jedoch zunächst nicht diesen theoretischen Anregungen des Tätigkeitsberichts, sondern prüfte, ob die Zweckbestimmung der WRn gem. § 28 Abs. II GWB (a. F.) beachtet wurde. [84)]

Im dritten Eintragungsbeschluß [85)] wurde diese Praxis in Bezug auf eine Regel, die eine "Tendenz zur Unlauterkeit" aufwies, fortgesetzt, während das Amt bei einer anderen Regel mit eben auch dieser Tendenz auf den Tätigkeitsbericht 1958 zurückgriff und prüfte, ob diese Regel als Regel der "grauen Zone" eintragungsfähig ist. Dabei zählte es zu dieser Art von WRn nur solche, die für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs geringe Bedeutung haben.

Noch größer wurde die Verwirrung in einer späteren Eintragung: [86)] WRn, die die Zweckbestimmung des § 28 Abs. II GWB (a. F.) beinhalten, richteten sich gegen einen Wettbewerb, der allein aus diesem Grunde nicht mehr schützenswert sei.

In der Folgezeit wurde diese weite Auffassung wieder eingeschränkt: Der Zweck von WRn reiche für die Eintragungsfähigkeit alleine nicht. Hinzukommen müßten "besondere Umstände", [87] die dann dahingehend präzisiert wurden, daß das Interesse an der Förderung der Lauterkeit gegenüber dem an der Erhaltung der Wettbewerbsfreiheit überwiegen müsse. [88]

Zwischendurch wurden aber immer wieder Regeln mit "Tendenz zur Unlauterkeit" eingetragen, ohne daß auf § 1 GWB konkret eingegangen wurde. [89]

Die Praxis des BKartA ist also nicht einheitlich. Es muß jedoch gesagt werden, daß in erster Linie entscheidend war, ob der Zweck von WRn gem. § 28 Abs. II GWB (a. F.) eingehalten worden ist. Soweit das Amt darüber hinaus prüfte, ob in das Schutzgut des § 1 GWB eingegriffen wurde, wird bei der Darstellung der Eintragungsbegründungen zu den einzelnen Regeln darauf eingegangen.

Wenn die LKartBn in ihren Beschlüssen auf die hier interessierende Problematik eingingen, fand meist eine Abwägung zwischen § 1 und § 28 Abs. II GWB statt, wobei die Tatsache, daß die betreffenden WRn keine schwerwiegende Beschränkung des Wettbewerbs nach Ansicht der Behörde darstellten, mit entscheidend für die Eintragung war. [90]

Im Beschluß "Kraftfahrlehrer Niedersachsen" [91] wurde eine Sondermeinung vertreten: Danach sei es möglich, daß Regeln mit der Zweckbestimmung des § 28 Abs. II GWB (a. F.) gegen § 1 GWB verstießen. Eine derartige Regel sei trotzdem eintragungsfähig, weil sie den Zweck von WRn kennzeichne. Umgekehrt mache das Fehlen der Zweckbestimmung die Regel nicht unzulässig, wenn keine Wettbewerbsbeschränkung vorliege und eine solche Regelung in Zusammenhang mit anderen WRn eingetragen werden solle, die unter § 28 Abs. II GWB fielen.

Mit Ausnahme dieser letztgenannten Meinung kann festgestellt werden, daß auch die LKartBn den Zweck von WRn in den Vordergrund stellen. Auch hier wird die Begründung der Eintragungen zu den einzelnen WRn zeigen, in welchen Fällen die LKartBn auch prüften, ob gegen § 1 GWB verstoßen wurde.

Anhang: Fußnoten zu Teil II, 2. Kapitel

1) WuW 56, 643 ff.
2) WOLF S. 5
3) SACK S. 97
4) SACK a. a. O.
5) vgl. statt aller BENISCH a. a. O.
6) BENISCH WuW 56, 643, 646, 648
7) vgl. hierzu ausführlich WALDE S. 86 ff, FN 146, 147
8) Zusammenstellung bei WALDE S. 86 ff. FN 148 ff. und SCHEEL S. 19 ff.
9) Zusammenstellung bei WALDE S. 90, FN 156 und SACK S. 98
10) PETER S. 70 f., REIMERS S. 11, WOLF S. 132
11) TB 1958, S. 59
12) a. a. O. das ist die Kurzformel zu der von BENISCH aufgestellten 2. Fallgruppe, s. o. Teil II, 2. Kapitel S. 45
13) a. a. O.
14) TB 1959, S. 8
15) a. a. O.
16) vgl. auch WOLF S. 39 f.
17) Hier ist allerdings die Rede von Regeln zum Schutze des "Leistungswettbewerbs". Auf die Problematik dieses Begriffs wurde hier jedoch noch nicht eingegangen, insbesondere, ob es ein Zweck der WRn sein kann, dem Schutz des Leistungswettbewerbs zu dienen, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 16
18) TB 1959, S. 51; daß sich das Amt hier bereits, wie WOLF (S. 40) meint, auf den Zweck von WRn gem. § 28 Abs. II GWB, 2. Alternative (a. F.) berief, erscheint zweifelhaft. Es ist zwar richtig, daß hier in Zusammenhang mit der Frage, wo die Grenzen eintragungsfähiger WRn sind, bereits die Lauterkeitsbezogenheit der Regeln maßgebend war (s. auch FN 22), das Amt sagte hier aber, daß "andererseits", also abgesehen vom Lauterkeitsbezug, die Regeln nicht auf das UWG und seine Nebengesetze beschränkt werden müßten (a. a. O.), so daß die "graue Zone" zunächst neben der Lauterkeitsbezogenheit von WRn eine Rolle für deren Zulässigkeit spielte.
19) s. o. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 46
20) WuW/E BKartA 301 ff.
21) WuW/E BKartA 308; TB 1960, S. 12 f., 58; warum diese Regeln seiner Meinung nach allgemein als unzulässig betrachtet werden, sagte das Amt nicht.
22) WuW/E BKartA 304; s. auch oben Teil II, 1. Kapitel, a) S. 16 ff.; s. auch WOLF S. 40 ff.
23) s. auch WALDE S. 80 f.

24) WuW/E BKartA 98 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 15 f.
25) WuW/E BKartA 98; TB 1959, S. 50
26) vom 26. 10. 1961, WuW/E BGH 451 ff., 455 f.
27) Der TB 1961 enthält nichts zu den hier interessierenden Fragen.
28) WuW/E BGH 455 f., TB 1962, S. 9
29) WuW/E BGH 456, TB 1962, S. 10
30) wie es dies nach dem Urteil des BGH vom 15. 7. 1966 (WuW/E BGH 767 ff.) im TB 1966, S. 11 tat. S. auch oben Teil II, 1. Kapitel, a) S. 29
31) so wohl auch REIMERS S. 74, FN 2, der dem TB 1962 zu diesem Problemkreis keine Aussagekraft zumißt; im Ergebnis so auch WOLF S. 43.
32) WuW/E BKartA 609 ff.
33) WuW/E BKartA 626. (Regel § 7, s. u. Teil III, 4. Kapitel, 1. a) S. 125 ff.
34) WuW/E BKartA 627
35) nach dem Wortlaut der Definition würde eine Regel allein schon deshalb, weil sie den Leistungswettbewerb fördert, dem Zweck dienen, ein den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen. Bei der grundsätzlichen Erörterung der Problematik ist das Amt jedoch davon ausgegangen, daß umgekehrt der Zweck des § 28 Abs. II GWB (a. F.) verwirklicht werden müsse, um dadurch die Förderung des Leistungswettbewerbs zum Inhalt von WRn machen zu können (s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 18 ff.
Dadurch, daß die Frage, ob Regeln der "grauen Zone" eintragungsfähig sind, offengelassen wurde, braucht auf diese Diskrepanz nicht eingegangen zu werden.
36) wie im TB 1959, S. 51, s. o. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 46 f.
37) Im selben Beschluß wurde, wie im vorausgegangenen Eintragungsbeschluß, eine Regel (Regel 4) mit der Begründung eingetragen, daß sie geeignet sei, der in dieser Werbeform innewohnenden Tendenz zu unlauterem Wettbewerbsverhalten entgegenzuwirken und dadurch ein dem Grundsatz des lauteren Wettbewerbs entsprechendes Verhalten anzuregen (WuW/E BKartA 615). Hier wurde also wieder ausschließlich auf die Lauterkeitsbezogenheit abgestellt.
38) WuW/E BKartA 626 f. mit ausdrücklicher Bezugnahme auf die Literatur.
39) s. o. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 46 f.
40) WuW/E BKartA 627; s. auch oben Teil II, 2. Kapitel, a) S. 48
41) WuW/E BKartA 627; TB 1963, S. 28
42) WuW/E BKartA 719 ff.
43) Im vorausgegangenen Beschluß "Bauindustrie", WuW/E BKartA 586 ff. wurde in Bezug auf Regel 3 lediglich gesagt, daß durch WRn auch die in einer Branche innewohnende "Tendenz zur Unlauterkeit" bekämpft werden, bzw. positiv die Voraussetzungen für einen lauteren Wettbewerb geschaffen wer-

den könne. Der Zweck des § 28 Abs. II GWB (a. F.) wurde also wieder kurz angesprochen s. u. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 77 ff.

44) WuW/E BKartA 721

45) a. a. O. s. auch TB 1963, S. 54 f.

46) a. a. O. zur Frage der Förderung des Leistungswettbewerbs in diesem Beschluß, besonders zum Erfordernis der Lauterkeitsbezogenheit s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 22 ff.

47) WuW/E BKartA 308, 615; TB 1960, S. 13, 58; s. o. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 46 f. und oben FN 37

48) TB 1958, S. 59; WuW/E BKartA 627; s. o. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 48

49) hierzu zählte in diesem Beschluß auch die Förderung des Leistungswettbewerbs, a. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 22 ff.

50) wie noch in "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 627, s. o. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 48

51) WuW/E BKartA 766 ff. (Einspruch des Zentralverbandes des Kfz-Handels und -gewerbes)

52) WuW/E BKartA 772; TB 1963, S. 29

53) a. a. O. (Regel § 7 des "Kfz-Handels", s. u. Teil III, 4. Kapitel, 1. a) S. 128

54) WuW/E BKartA 805 ff.

55) WuW/E BKartA 811 unter Bezugnahme auf "Bauindustrie", WuW/E BKartA 591 (s. FN 43)

56) WuW/E BKartA 811; so schon in "ZuK", WuW/E BKartA 308, s. o. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 46 f.

57) WuW/E BKartA 813 ff.

58) WuW/E BKartA 772, s. o. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 50

59) WuW/E BKartA 815; TB 1964, S. 42. Obwohl hier im Gegensatz zur Einspruchsentscheidung "Kfz-Handel" die Lauterkeitsbezogenheit der Regel bejaht wurde, wird nicht ersichtlich, was unter den "besonderen Umständen" gemeint sein kann. Die "besonderen Verhältnisse der Bauwirtschaft" sind es offensichtlich nicht, denn diese wurden bereits herangezogen, um zu begründen, daß die betreffende Regel den Leistungswettbewerb fördert. Nicht zugestimmt werden kann REIMERS, der offenbar meint, das Amt sehe in der Lauterkeitsbezogenheit der Regel die "besonderen Umstände" (REIMERS S. 60). Der Lauterkeitsbezug ist aber nur ein zusätzliches notwendiges Merkmal für die Zulässigkeit von WRn, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 26 f., vgl. TB 1964, S. 42.

60) WuW/E BKartA 873 ff.

61) WuW/E BKartA 878; TB 1964, S. 16

62) WuW/E BKartA 721, s. o. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 49

63) WuW/E BKartA 902 ff.

64) WuW/E BKartA 905; TB 1964, S. 39 (Regel I Nr. 2, Abs. II, s. u. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 80 f.

65) "Büromaschinen", WuW/E BKartA 1090 ff.; "Automatenindustrie", WuW/E BKartA 1111 ff.; "Lackindustrie", WuW/E BKartA 1117 ff.; "Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1165 ff.; "Versandhandel", WuW/E BKartA 1186 ff.; "Baustoffhändler", WuW/E BKartA 1213 ff.; "Markenspirituosen", WuW/E BKartA 1233 ff.; "Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1327 ff.; "Elektroleuchten", WuW/E BKartA 1523 ff.

66) wobei es verschiedene Formulierungen gebrauchte, u. a. auch: "Bedenken aus § 31 Abs. I GWB bestehen nicht", oder: "Es liegen keine Gründe vor, die eine Ablehnung nach § 31 Abs. I GWB rechtfertigen". Nicht gefolgt werden kann REIMERS, der die verschiedenen Wendungen als "bemerkenswert" betrachtet (REIMERS S. 53) und offenbar glaubt, daß das Amt damit unterschiedliche Aussagen machte.

67) "Automatenindustrie", WuW/E BKartA 1113

68) "Versandhandel", WuW/E BKartA 1188

69) Dieser Hinweis fehlt auch im vorangegangenen Beschluß "Markenspirituosen", WuW/E BKartA 1233 ff. Hier handelte es sich aber ausschließlich um Regeln, die einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten entgegenwirken sollen.

70) WuW/E LKartB 77 ff.

71) WuW/E LKartB 80

72) WuW/E LKartB 81

73) WuW/E LKartB 97 ff.

74) WuW/E LKartB 99

75) a. a. O.

76) WuW/E LKartB 107 ff. (108, 109)

77) "Kraftfahrlehrer Niedersachsen", WuW/E LKartB 135 f.

78) WuW/E LKartB 136

79) a. a. O.

80) "Elektroleuchten", WuW/E BKartA 1525, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 31

81) "Kraftfahrlehrer Baden-Württemberg", WuW/E LKartB 107 ff. und "Kraftfahrlehrer Niedersachsen", WuW/E LKartB 135 f.

82) wo das BKartA auch einen Hinweis auf § 31 Abs. 1 GWB vermissen ließ, s. o. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 50 f.

83) TB 1958, S. 59; TB 1959, S. 8, s. o. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 46

84) "ZuK", WuW/E BKartA 301 ff.; s. o. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 46 f.

85) "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 609 ff., s. o. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 47 ff.

86) "Immobilienmakler", WuW/E BKartA 719 ff., s. o. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 48 f.

87) Einspruchsabt. WuW/E BKartA 766 ff., s. o. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 50
Einspruchsabt. WuW/E BKartA 813 ff., s. o. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 50 f.

88) "Flüssiggas-Großvertriebe", WuW/E BKartA 873 ff., s. o. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 50 f.

89) s. o. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 50 f.

90) "Fahrlehrerverband Hamburg", WuW/E LKartB 97 ff., s. o. Teil II, 2. Kapitel, b) S. 52
"Kraftfahrlehrer Baden-Württemberg", WuW/E LKartB 107 ff., s. o. Teil II, 2. Kapitel, b) S. 52

91) WuW/E LKartB 135 f., s. o. Teil II, 2. Kapitel, b) S. 52 f.

3. KAPITEL
Der Maßstab für den Begriff der guten Sitten bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln

a) Bundeskartellamt

Um den in den Präambeln niedergelegten Zweck der Aufstellung von WRn zu konkretisieren, lautet die erste Regel bei nahezu allen Wirtschaftsverbänden in etwa gleichlautend: [1)]

> "Im geschäftlichen Verkehr sind die Grundsätze eines lauteren Wettbewerbs einzuhalten und Handlungen, die den guten kaufmännischen Sitten widersprechen, zu unterlassen."

Dieser Generalklausel folgte dann jeweils der Maßstab für den Begriff der "guten kaufmännischen Sitten", der bedeutsam für die Eintragungsfähigkeit dieser Regeln war, denn § 1 UWG wendet sich gegen Handlungen, die gegen die "guten Sitten" verstoßen, ohne auf die guten "kaufmännischen" Sitten abzustellen. [2)]

Die Verbände orientierten sich hierbei an der von Rechtsprechung und Literatur allgemein vertretenen Ansicht, daß als sittenwidrig solche Wettbewerbshandlungen anzusehen seien, die dem Anstandsgefühl des verständigen und anständigen Durchschnittsgewerbetreibenden (Berufsstandsgenossen) zuwiderlaufen. [3)] Dabei wurde berücksichtigt, daß das Wettbewerbsrecht auch die Belange der Allgemeinheit schützt, so daß es auf deren Auffassung ebenfalls ankommt. [4)] Diesem zweiten Punkt wurde dadurch Rechnung getragen, daß in allen diesen WRn als Maßstab der guten Sitten die "(gesunde) Verkehrsanschauung" mit herangezogen wurde.

Modalitäten tauchen bei der kumulativen Heranziehung der Berufsauffassung des jeweiligen Gewerbezweiges auf, wobei das BKartA teilweise Änderungen verlangte. So legte das Amt zunächst Wert darauf, daß die Auffassung derjeniger Berufsstandsgenossen maßgebend sein solle, die in den Bereich fielen, für den die WRn aufgestellt wurden, um so zu verhindern, daß entweder der Maßstab für die guten Sitten zu weit [5)] oder zu eng [6)] ausfalle.

Dazu in krassem Gegensatz steht der Beschluß "Flüssiggas-Großvertriebe". [7)] Hier hatte das BKartA keine Bedenken, daß der Verband nicht nur die Auffassung des Flüssiggas-Großhandels, sondern die der Flüssiggasversorger insgesamt, auch die der direktbeliefernden Industrie und der Vertriebsstellen als maßgeblich ansah, [8)] also eine Erweiterung des Maßstabs der guten Sitten auch auf einen Gewerbezweig vornahm, für den die aufgestellten WRn nicht gelten. Dabei berief

sich das Amt auf den Eintragungsbeschluß "Bauindustrie".[9] Hier hat die 1. Beschlußabteilung aber die zweite mißverstanden, wenn sie ausführte, daß das Amt in "Bauindustrie" gemeint habe, aus den in § 28 Abs. I GWB enthaltenen Worten "für ihren Bereich" ergebe sich, daß ein Wirtschaftszweig eigene Beurteilungsmaßstäbe aufstellen könne, auch wenn sie von denen anderer Gewerbetreibender oder von den Auffassungen anderer Wirtschaftsstufen desselben Fachzweiges abwichen.[10] Deswegen könnten die Verbände auch bestimmen, welche Berufsauffassung für die guten Sitten im Bereich der aufgestellten WRn von Bedeutung sein solle. Sie hat nämlich übersehen, daß in "Bauindustrie" zunächst auch eine Erweiterung des Maßstabs der guten Sitten vom antragstellenden Verband gewollt war.[11] Das BKartA bestand aber darauf, daß es bei der Anwendung dieser Regeln nur auf die Auffassung der bauausführenden industriellen Unternehmer und nicht die der Bauwirtschaft schlechthin ankommen sollte,[12] eben mit der Begründung, daß die Berufs- und Wirtschaftsvereinigungen "für ihren Bereich" WRn aufstellen dürften und dadurch die Regeln konkreter Ausdruck der Berufsauffassung der bauausführenden industriellen Unternehmer sei.[13] In "Flüssiggas-Großvertriebe" ist also die Argumentation der 2. Beschlußabteilung in "Bauindustrie" genau in das Gegenteil verkehrt worden.

In den übrigen Eintragungsbeschlüssen sollte es entweder in Anlehnung an die Meinung des BKartA in den oben erwähnten Entscheidungen[14] auf die Auffassung der Berufsstandesgenossen ankommen, für deren Bereich die Regeln aufgestellt wurden,[15] oder es wurde, dem Beispiel in "Kfz-Handel"[16] folgend, eine weiter gefaßte Definition gewählt, bei der die Meinung der Gewerbetreibenden schlechthin maßgebend sein soll, wobei Besonderheiten des Gewerbes, für dessen Bereich die WRn aufgestellt wurden, zu berücksichtigen sind.[17] Auf dieser Fassung bestand das BKartA in "Kfz-Handel", um deutlich zu machen, daß eine Anerkennung besonderer, mit der Verkehrsanschauung im Widerspruch stehender Unlauterkeitsvorstellungen einzelner Berufsgruppen nicht in Frage kommen könne.[18] WRn dürften nicht über die Anerkennung eines standeseigenen Unlauterkeitsbegriffs als Mittel zu einer einseitigen und unbilligen Durchsetzung wirtschaftlicher Sonderinteressen des betreffenden Verbandes benutzt werden.[19] Ein sachlicher Unterschied zwischen beiden Formulierungen besteht nicht.

Die in diesem Zusammenhang wichtigste Entscheidung ist die des BKartA vom 16. 2. 1971,[20] weil sie sich mit dem Problem befaßte, inwieweit das Standesbewußtsein der betreffenden Branche eine Rolle spielen darf. Betrachtet man den Wortlaut des nach Ansicht des BKartA eintragungsfähigen § 1 Abs. I der WRn:

> "Handlungen im Geschäftsverkehr, die den guten kaufmännischen Sitten im Tapetenhandel zuwiderlaufen, sind unlauter

> und zu unterlassen. Die guten kaufmännischen Sitten im Tapetenhandel werden geprägt von der allgemeinen Verkehrsanschauung in Verbindung und Wechselwirkung mit der Standes- und Berufsauffassung der billig und gerecht urteilenden Gewerbetreibenden des Tapetenhandels", [21]

so entsteht der Eindruck, daß neben der Berufsauffassung hier auch die Standesauffassung der Gewerbetreibenden im Tapetenhandel maßgebend sein soll. Die Eintragung dieser Regel würde in merkwürdigem Gegensatz zum Eintragungsbeschluß "Kfz-Handel" stehen, wo noch ausdrücklich betont wurde, daß wirtschaftliche Sonderinteressen nicht durch WRn durchgesetzt werden dürften. [22] Daß der antragstellende Verband diese Regel auch so verstanden wissen wollte, zeigt der Zusammenhang mit der beantragten, ursprünglichen Fassung des § 1 Abs. I der WRn:

> "Der Tapetenhandel bekennt sich zu einem Standesbewußtsein, dessen Maßstäbe bei der Beurteilung von Lauterkeit und Üblichkeit im Wettbewerb und im geschäftlichen Verkehr im Rahmen der von der geltenden Rechts- und Wettbewerbsordnung geprägten Grundsätze zu berücksichtigen sind." [23]

Diese Regel wurde vom BKartA allerdings nicht genehmigt, weil sie einen Lauterkeitsbezug nicht erkennen lasse. [24] Vielmehr sollte, wie das Amt nachwies, an einer "privaten Marktordnungsmaßnahme" festgehalten werden, die als Grundlage das eigene, besondere Standesbewußtsein im Tapetenhandel habe. [25] Es sei aber mit der Zweckbestimmung des § 28 Abs. II GWB (a. F.) nicht zu vereinbaren, daß neben einer Lauterkeitsregel eine Regelung über die Üblichkeit im Wettbewerb getroffen werde. [26]

Nachdem nun aber die ursprüngliche Fassung des § 1 Abs. I der WRn mit Berücksichtigung des besonderen Standesbewußtsein im Tapetenhandel nicht eingetragen werden durfte, kam nach Ansicht des Amtes dem Begriff der Standesauffassung neben dem Begriff der Berufsauffassung keine eigenständige Bedeutung mehr zu. Die Bedenken gegen diesen Begriff seien damit gegenstandslos geworden. [27] Damit wird klar, daß das BKartA seine Meinung in "Kfz-Handel" nicht geändert hat. Der Beschluß "Tapetenhandel" steht im Gegenteil genau auf dieser Linie.

b) Landeskartellbehörden

In allen Eintragungsbeschlüssen, in denen der Maßstab für den Begriff der guten Sitten in einer Regel Eingang gefunden hat, kam es neben der "gesunden Verkehrsanschauung" auf die Berufsauffassung derjeniger an, für deren Bereich die WRn aufgestellt wurden. [28] Erwähnenswert ist lediglich die Entscheidung über die

Regeln der "Niedersächsischen Brauereien", der einzigen, in der sich Ausführungen der LKartB zu diesem Problem finden.

Die Behörde ließ es hier dahingestellt bleiben, ob es zulässig sei, allein auf die Auffassungen eines Berufsstandes abzustellen. Ihre Mitberücksichtigung im Rahmen der "gesunden Verkehrsanschauung" sei jedenfalls zulässig und geboten. [29)]

Zusammenfassung

In Zusammenhang mit der stets eintragungsfähigen Generalklausel, nach der im geschäftlichen Verkehr die Grundsätze eines lauteren Wettbewerbs einzuhalten und Handlungen zu unterlassen sind, die den guten kaufmännischen Sitten widersprechen, kommt es bei dem Maßstab für den Begriff der guten Sitten auf die allgemeine Verkehrsanschauung in Verbindung mit dem Anstandsgefühl des verständigen und anständigen Durchschnittsgewerbetreibenden (Berufsstandsgenossen) an.

Das BKartA genehmigte WRn dieses Inhalts, auch wenn bei der Konkretisierung dieses Grundsatzes auf den betreffenden Gewerbezweig die Anschauung derjenigen Gewerbetreibender zugrunde gelegt wurde, für deren Bereich der Verband die WRn aufstellte. Diese Anschauungen dürfen aber nicht in Widerspruch zur allgemeinen Verkehrsanschauung stehen. Soweit bei den beantragten Regeln für den Maßstab der guten Sitten dieser Personenkreis erweitert oder eingeschränkt wurde, mußten die Regeln geändert werden. [30)]

Das Amt genehmigte aber WRn nicht, soweit für den Maßstab der guten Sitten ein eigenes, besonderes Standesbewußtsein des betreffenden Gewerbezweiges herangezogen wurde, weil somit mit Hilfe der Regel einseitig wirtschaftliche Sonderinteressen des betreffenden Verbandes durchgesetzt und für den Wettbewerb nicht mehr auf die Lauterkeit, sondern auf die Üblichkeit abgestellt werden würde.

Die LKartBn schlossen sich in ihrer Praxis dem BKartA an.

Anhang: Fußnoten zu Teil II, 3. Kapitel

1) mit Ausnahme der Eintragungsbeschlüsse "Diätetische Lebensmittelindustrie", (WuW/E BKartA 805 ff., "Schälmühlen", WuW/E BKartA 902 ff. und "Markenspirituosen", WuW/E BKartA 1233 ff. In "Versandhandel", WuW/E BKartA 1186 ff. steht diese Regel nicht an erster Stelle, es handelt sich hier um Regel 4 Nr. 1, Satz 2 u. 3, was aber ohne Bedeutung ist.
2) so ausdrücklich das BKartA in "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 612
3) Baumbach-Hefermehl, Band I, 9. Aufl. UWG, Einl. Anm. 56 mit weiteren Nachweisen
4) Baumbach-Hefermehl, a. a. O. Anm. 57, 35
5) "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 97, 99; "Bauindustrie", WuW/E BKartA 587, 589
6) "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 610, 612 f.
7) WuW/E BKartA 873, 875
8) WuW/E BKartA 875
9) vgl. FN 5
10) WuW/E BKartA 875
11) vgl. WuW 60, 853 (der ursprüngliche Antrag)
12) WuW/E BKartA 589
13) a. a. O. Hervorhebung vom Verf., so auch schon in "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 99
14) vgl. FN 5, 6
15) "ZuK", WuW/E BKartA 312; "Immobilienmakler", WuW/E BKartA 719; "Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1166; "Baustoffhändler", WuW 67, 581; "Elektroleuchten", WuW/E BKartA 1523 - hier soll nach dem Wortlaut der Regel auch die Rechtsprechung berücksichtigt werden (a. a. O.).
16) WuW/E BKartA 610
17) "Büromaschinen", WuW/E BKartA 1091; "Versandhandel", WuW/E BKartA 1186; in "Automatenindustrie", WuW/E BKartA 1111, findet sich kein Hinweis, daß Besonderheiten zu berücksichtigen sind. Dies mag daran liegen, daß eben in diesem Gewerbezweig keine Besonderheiten auftauchen. Eine sachliche Abweichung ist aus den Eintragungsgründen nicht ersichtlich, insbes. keine Ausweitung auf alle Gewerbetreibenden. Gewerbetreibender wird hier verstanden als "Berufsstandsgenosse".
Bedenken könnten angemeldet werden, wenn in "Lackindustrie", WuW/E BKartA 1117, davon die Rede ist, daß der Maßstab für den Begriff der guten Sitten die Verkehrsanschauung ist, die ihren Ausdruck in der beruflichen Auffassung der billig und gerecht denkenden Unternehmer findet (Hervorhebung vom Verf.), weil hier der Eindruck entsteht, daß die Verkehrsanschauung nur insoweit berücksichtigt wird, als sie sich mit den Anschauungen der Un-

ternehmer deckt. Aus der Eintragungsbegründung ergibt sich jedoch, daß das Amt trotz des Wortlautes eine Abgrenzung zwischen der Verkehrsanschauung und der Ansicht der Unternehmer sah und deshalb keine Bedenken hatte, die WR einzutragen (WuW/E BKartA 1118 f.)

18) WuW/E BKartA 612
19) WuW/E BKartA 613
20) "Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1327 ff.
21) WuW/E BKartA 1350
22) s. o. Teil II, 3. Kapitel, a) S. 61
23) WuW/E BKartA 1328
24) zu dieser Voraussetzung vgl. oben Teil II, 1. Kapitel, a) S.30
25) WuW/E BKartA 1331 ff.
26) WuW/E BKartA 1336, 1339. Hervorhebung vom Verf.; TB 1971, S. 75
27) WuW/E BKartA 1342
28) "Niedersächsische Brauereien", WuW/E LKartB 78; "Nordrheinische Kraftfahrlehrer", WuW/E LKartB 93; "Brauerei-Regeln Baden-Württemberg", WuW 66, 961.
29) WuW/E LKartB 81
30) Die Entscheidung "Flüssiggas-Großvertriebe" (s. o. Teil II, 3. Kapitel, a) S. 60 f.) kann als Ausnahme unberücksichtigt bleiben.

TEIL III
Eintragungsbegründungen zu den einzelnen Wettbewerbsregeln

1. KAPITEL
Die Grundsätze der Preisbildung und Preisgestaltung

a) Der Grundsatz der freien Preisbildung

aa) Bundeskartellamt

In neun der behandelten Eintragungsanträgen [1] wurde der Grundsatz der freien Preisbildung jedes Unternehmers den übrigen Regeln des Preiswettbewerbs vorangestellt. Die Regel § 3, Vorwort, des "Kohleneinzelhandels" lautet zum Beispiel: [2]

> "Jeder Kohleneinzelhändler ist berechtigt, seine Verkaufspreise im Rahmen der geltenden Gesetze und Verordnungen frei und selbstverantwortlich zu bilden."

Die übrigen Eintragungsanträge enthielten ähnliche Formulierungen. Das BKartA genehmigte die Regeln dieses Inhalts. Es ging dabei bei sämtlichen Beschlüssen [3] davon aus, daß es sich hier um eine Auslegungsregel handele, die vorangestellt wurde, um der Gefahr einer unrichtigen Auslegung und Anwendung der nachfolgenden WRn vorzubeugen.

Das Amt war offensichtlich der Meinung, daß diesem elementaren Grundsatz die Lauterkeitsbezogenheit des § 28 Abs. II GWB immanent sei, denn diese Frage wurde nur in drei Eintragungsbeschlüssen behandelt, aber auch hier nur bezüglich des in den WRn aufgenommenen Hinweises auf die gesetzlichen bzw. vertraglichen Grenzen der Preisfreiheit, nicht auch hinsichtlich der Preisautonomie selbst. [4] So wurde in "Bauindustrie" bemerkt, daß durch diesen Grundsatz gesetzwidrige Absprachen, durch die die Freiheit der Preisbemessung eingeschränkt wurde, als Verstoß gegen gute kaufmännische Sitten gekennzeichnet seien. [5] In "Flüssiggas-Großvertriebe" heißt es, daß durch die Hervorhebung von Schutzvorschriften des Wettbewerbsrechts einem wettbewerbswidrigen Preisverhalten entgegengewirkt werde. [6] In "Tapetenhandel" wies das Amt darauf hin, daß durch diese WR vor der Erlangung eines wettbewerbswidrigen Vorsprungs gewarnt werde und somit dazu diene, ein den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entsprechendes Verhal-

ten anzuregen.[7]

Teilweise wurde auch geprüft, ob wegen des jeweiligen Wortlauts dieser Regel eine kartellrechtlich bedenkliche Einschränkung gesetzlich zulässigen Preiswettbewerbs zu besorgen war: In den Eintragungsanträgen "ZuK"[8] und "Tapetenhandel"[9] hieß es, daß die Preisautonomie auch nur "im Rahmen der jeweiligen WRn" des antragstellenden Verbandes gewährleistet ist. Das BKartA hatte keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Regel mit diesem Inhalt. In beiden Beschlüssen maß es dieser Formulierung nur deklaratorische Bedeutung bei, weil durch die nachfolgenden Regeln die durch die Gesetze begrenzte Preisfreiheit nur konkretisiert, nicht aber abgeschwächt würde,[10] bzw. weil die Regeln den Grundsatz der Vertragsfreiheit nur mit dem in § 28 Abs. II GWB bezeichneten Zweck einschränken dürften.[11]

Der Zulässigkeit der bereits angesprochenen vertraglichen Beschränkung der Preisautonomie stand ebenfalls nichts entgegen. Dabei wurde in "Flüssiggas-Großvertriebe" darauf hingewiesen, daß solche Beschränkungen nur zu respektieren seien, wenn z. B. eine Preisbindung nach § 16 GWB ordnungsgemäß beim BKartA angemeldet worden sei.[12]

Auf Wunsch des Amtes wurde in "Bauindustrie" das zunächst beantragte Tatbestandsmerkmal "nach wirtschaftlichen Grundsätzen" wieder aufgegeben, weil nach Ansicht der Beschlußabt. in WRn eine Verpflichtung der Beteiligten zu einer Preisbildung nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen nicht statuiert werden könne.[13] Dies folge daraus, daß sittlich-rechtliche Grundsätze nicht von einer bestimmten Wirtschaftsverfassung oder Marktform abhängig seien und es außerdem nicht in der Macht des einzelnen Unternehmers stehe, eine solche Verpflichtung im Konkurrenzkampf zu verwirklichen.[14] Auch der Auffassung, Preise seien nach Wettbewerbsgrundsätzen zu bilden, könne nicht zugestimmt werden, weil die geltende Wettbewerbsordnung die Unternehmen nicht zum Wettbewerb verpflichte und deswegen ein Gebot dieses Inhalts auch nicht in WRn begründet werden könne.[15]

Interessant ist, daß das BKartA der Tatsache, daß in den meisten WRn die freie und selbstverantwortliche Preisbildung nicht nur als "Soll"- sondern als "Muß"-Vorschrift ausgestaltet ist,[16] keine Bedeutung beimaß. Das mag seine Ursache darin haben, daß auch bei einer Verpflichtung, diesen Grundsatz zu beachten, offensichtlich davon ausgegangen wurde, daß es sich hierbei um ein Recht des jeweiligen Unternehmers handele,[17] das in beiden Varianten den Leistungswettbewerb fördere.[18]

bb) Landeskartellbehörden

WRn, die den Grundsatz der freien und selbstverantwortlichen Preisbildung enthalten und über die die LKartBn zu entscheiden hatten, beinhalten ausnahmslos die Verpflichtung, diesen Grundsatz einzuhalten.[19]
Soweit die Behörden, die in keinem Falle etwas gegen die Zulässigkeit dieser Regel einzuwenden hatten, in der jeweiligen Eintragungsbegründung darauf eingingen, wurde nur bei einem einzigen Eintragungsantrag geprüft, ob die Zweckbestimmung von WRn gem. § 28 Abs. II GWB (a. F.) eingehalten wurde,[20] was darauf schließen läßt, daß auch die LKartBn im übrigen der Meinung waren, daß der Preisautonomie der Lauterkeitsbezug immanent sei.

Als einzige Entscheidung befaßte sich der niedersächsische Minister für Wirtschaft und Verkehr mit dieser Frage. Dabei ließ er dahingestellt, ob Regelungen dieser Art überhaupt in § 28 Abs. II GWB (a. F.) einzuordnen seien. Denn wenn eine solche Regel in Zusammenhang mit anderen WRn eingetragen werden solle, die ihrerseits den Zweck des § 28 Abs. II GWB erfüllten, sei sie über den Wortlaut des § 28 GWB hinaus ebenfalls eintragungsfähig. Es wäre nicht sinnvoll, so fuhr die Behörde fort, in einem solchen Falle nur die Eintragung der unter § 28 Abs. II GWB einzugruppierenden Regeln zuzulassen, im übrigen aber den Antragsteller darauf zu verweisen, für die den Wettbewerb nicht beschränkenden Regeln außerhalb des Registers für WRn eine gesonderte Vereinbarung herbeizuführen.[21]

Im selben Beschluß wurde auch betont, daß die Verpflichtung der freien und eigenverantwortlichen Preisbildung keine Wettbewerbsbeschränkung bedeuten könne, sondern im Gegenteil gerade ein wesentliches Element des Wettbewerbs, nämlich den Preiswettbewerb sichern solle.

In "Fliesenregeln" bestand die Kartellbehörde darauf, daß die ursprüngliche Fassung der Regel, die die Freiheit der Preisbildung nur gewährleistete, soweit nicht Bestimmungen der Baupreisverordnung PR 8/55 vom 19. 12. 1955[22] sowie eines Erlasses des Bundesministers für Wirtschaft vom 17. 5. 1959 entgegenstünden,[23] geändert wurde, weil durch diese Bestimmungen der Grundsatz der Preisautonomie nicht berührt oder eingeschränkt werden dürfe.[24]

Im übrigen verstanden auch die LKartBN die Voranstellung dieses Grundsatzes als eine Auslegungshilfe für die nachfolgenden WRn.[25]

Zusammenfassung

WRn, die den Grundsatz der freien und selbstverantwortlichen Preisbildung zum Inhalt haben und den übrigen Regeln des Preiswettbewerbs als Auslegungshilfe vorangestellt wurden, wurden vom BKartA genehmigt, wobei es davon ausging, daß diesen Regeln, ungeachtet der Tatsache, daß sie als "Muß"- oder nur als "Soll"-Vorschrift ausgestaltet wurden, die Lauterkeitsbezogenheit genauso immanent sei wie die Tatsache, daß sie nicht wettbewerbsbeschränkend sein könnten.

Die Hervorhebung der gesetzlichen bzw. zulässigen vertraglichen Grenzen der Preisautonomie sei nach Ansicht des Amtes lauterkeitsbezogen, weil einem wettbewerbswidrigen Preisverhalten entgegengewirkt bzw. vor der Erlangung eines wettbewerbswidrigen Vorsprungs gewarnt werde.[26)]

Daß es entscheidend auf die Zweckbestimmung des § 28 Abs. II GWB (a. F.) bei der Zulässigkeit auch dieser Regeln ankomme, zeigt das BKartA, wenn es die Preisautonomie auch dann nicht als gefährdet glaubte, wenn sie nach dem Wortlaut "im Rahmen der jeweiligen WRn" des antragstellenden Verbandes gewährleistet ist und dies das Amt in Bezug auf die vertraglichen Bindungen deswegen nicht als einen Verstoß gegen § 1 GWB ansah, weil die Regeln den Grundsatz der Vertragsfreiheit nur mit dem in § 28 Abs. II GWB (a. F.) bezeichneten Zweck einschränken dürften.[27)]

Nicht zulässig war hingegen eine Verpflichtung zu einer Preisbildung nach marktwirtschaftlichen oder wettbewerblichen Grundsätzen, weil die Beteiligten hierzu nicht verpflichtet werden könnten.[28)]

Die LKartBn schlossen sich dem BKartA im wesentlichen an. Interessant ist die Auffassung des niedersächsischen Ministers für Wirtschaft und Verkehr, der den Grundsatz der Preisautonomie auch dann für eintragungsfähig hielt, wenn dieser nicht den in § 28 Abs. II GWB (a. F.) genannten Zweck aufweisen sollte, aber mit anderen Regeln, die ihrerseits dieser Zweckbestimmung genügen, eingetragen werden soll.[29)]

Bestimmungen der Baupreisverordnung sowie Ministererlasse dürften nach Ansicht einer LKartB die Preisautonomie nicht beeinträchtigen.[30)] Es wurde daher eine Änderung einer WR verlangt, die die Freiheit der Preisbildung nur im Rahmen dieser Vorschriften gewährleistete.

Anhang: Fußnoten zu Teil III, 1. Kapitel, a)

1) "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 97 (Regel § 3, Vorwort)
"ZuK", WuW/E BKartA 312 (Regel 2 Nr. 1)
"Bauindustrie", WuW/E BKartA 587 (Regel 2 Nr. 1)
"Flüssiggas-Großvertriebe", WuW/E BKartA 873 (Regel § 2, Vorwort)
"Schälmühlen", WuW/E BKartA 903 (Regel I Nr. 1)
"Büromaschinen", WuW/E BKartA 1091 (Regel 2 Abs. II, 1. Halbsatz)
"Baustoffhändler", WuW 67, 581 (Regel § 2 Nr. 1)
"Markenspirituosen", WuW 68, 348 (Regel § 1, 1. Halbsatz)
"Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1328 (Regel § 2 Nr. 1)
2) WuW/E BKartA 97
3) mit Ausnahme von "Baustoffhändler" und "Markenspirituosen". Hier findet sich zu dieser Regel keine Eintragungsbegründung.
4) "Bauindustrie", WuW/E BKartA 589, "Flüssiggas-Großvertriebe", WuW/E BKartA 875 und "Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1342. Im TB 1959, S. 51 findet sich allerdings der Hinweis, daß die Preisautonomie des Unternehmers zu den "Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs" und den "Regeln der Marktwirtschaft" gehöre. Die Bedeutung der WR verbietet es, sie als bloße Hilfsvorschrift zu qualifizieren, die nach einer späteren Entscheidung des BKartA einen Lauterkeitsbezug nicht aufzuweisen braucht ("Elektroleuchten", WuW/E BKartA 1525, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 31).
5) a. a. O.
6) a. a. O.
7) a. a. O.
8) WuW/E BKartA 312
9) WuW/E BKartA 1328
10) WuW/E BKartA 306, TB 1960, S. 57
11) WuW/E BKartA 1342 f., wobei dieser Zweck bei den gesetzlichen und vertraglichen Grenzen gegeben sei.
12) WuW/E BKartA 875; dies mache auch der Zusatz "zulässige" Bindungen deutlich. Auch in "Tapetenhandel", wo ebenfalls eine vertragliche Beschränkung der Preisautonomie vorgesehen ist, ist von einer "zulässigen" Bindung die Rede, WuW/E BKartA 1328. Als eigene Regel ohne Bezug auf die Preisautonomie lautet die Regel § 2 Abs. I des "Kfz-Handels":

> "Eine wirksam zustande gekommene Preisbindung ist von den durch Preisbindungsvertrag Gebundenen für die Dauer ihrer Verbindlichkeit einzuhalten" (WuW/E BKartA 610).

Auch hier wurde in der Eintragungsbegründung hervorgehoben, daß der Preisbindungsvertrag rechtswirksam zustande gekommen und noch verbindlich ist (WuW/E BKartA 613).

13) WuW/E BKartA 589
14) a. a. O.
15) WuW/E BKartA 590
16) "Bauindustrie", WuW/E BKartA 587; "Flüssiggas-Großvertriebe", WuW/E BKartA 873; "Büromaschinen", WuW/E BKartA 1091; "Baustoffhändler", WuW 67, 581; "Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1328
17) besonders deutlich: "Büromaschinen", WuW/E BKartA 1095 und "Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1342 unter Hinweis auf den BGH (WuW/E BGH 227). Lediglich in "Bauindustrie" ist von einem "verbindlichen" Grundsatz der freien, selbständigen und selbstverantwortlichen Preisbildung die Rede (WuW/E BKartA 589)
18) s. hierzu unten Teil VII, 1. Kapitel, b) S. 220 ff.
19) "Fliesenregeln", WuW/E LKartB 64 (Regel § 1)
"Nordrheinische Kraftfahrlehrer", WuW/E LKartB 94 (Regel Art. II, Abs. I, 1. Satz)
"Fahrlehrer Hamburg", WuW/E LKartB 97 (Regel Art. II, Abs. 1, 1. Satz)
"Kraftfahrlehrer Baden Württemberg", WuW/E LKartB 107 (Regel Art. II Abs. I, 1. Satz)
"Kraftfahrlehrer Niedersachsen", WuW/E LKartB 135 (Regel Art. II, Abs. I, 1. Satz)
"Brauerei-Regeln Baden-Württemberg", WuW/E LKartB 137 (Regel § 3 Nr. 1, Satz 2, 1. HS)
20) "Kraftfahrlehrer Niedersachsen", WuW/E LKartB 135 f.
21) WuW/E LKartB 136, s. auch oben Teil II, 2. Kapitel, b) S. 52. Bereits oben (FN 4) wurde darauf hingewiesen, daß es sich hier nicht um eine Regel handelt, die als bloße Hilfsvorschrift dient.
22) vgl. Bundesanzeiger Nr. 249 vom 24. Dezember 1955, zitiert nach dem Antrag in WuW 61, 404
23) vgl. Wortlaut der Regel: WuW 61, 404
24) WuW/E LKartB 66
25) WuW/E LKartB 95, 98, 107, 135 f.
26) s. o. Teil III, 1. Kapitel, a), aa) S. 66 f.
27) "Tapetenhandel", s. o. Teil III, 1. Kapitel, a), aa) S. 67
28) "Bauindustrie", s. o. Teil III, 1. Kapitel, a), aa) S. 67 f.
29) "Kraftfahrlehrer Niedersachsen", s. o. Teil III, 1. Kapitel, a), bb) S. 68
30) "Fliesenregeln", s. o. Teil III, 1. Kapitel, a), bb) S. 68

b) Die Gewährleistung, daß die Verpflichtungen der Unternehmen gegenüber den Gläubigern, der Belegschaft des Betriebs und dem Staat nicht verletzt werden

aa) Bundeskartellamt

In acht der behandelten Eintragungen [1] finden sich, meist in Zusammenhang mit anderen Bestimmungen, die die Preisgestaltung betreffen, WRn folgenden Inhalts:

> "Die Verpflichtungen der Unternehmen gegenüber den Gläubigern, der Belegschaft des Betriebes und dem Staat dürfen nicht böswillig verletzt werden." [2]

Die Formulierung dieses ersten Eintragungsantrags wurde später in ähnlicher Weise nur noch von dem Gesamtverband Büromaschinen, Büromöbel und Organisationsmittel e. V. gebraucht. [3] In den übrigen WRn war nicht von einer "böswilligen" Verletzung bzw. Gefährdung dieser betrieblichen Verpflichtungen die Rede, sondern es sollte durch die Preisgestaltung gewährleistet sein, daß diese Verpflichtungen erfüllt werden können [4] bzw. sollte diese Erfüllungsverpflichtung nicht bewußt verhindert werden. [5]

Das BKartA, das alle Regeln genehmigte, begründete die Eintragungen nicht einheitlich, sondern differenzierte nach diesem Unterschied im Wortlaut der WRn: Soweit von einer böswilligen Gefährdung bzw. Verletzung die Rede war, wurde darauf hingewiesen, daß diese Formulierung dem § 1 der Wettbewerbsverordnung vom 21. 12. 1934 [6] entspreche. Der Inhalt dieses Verbotes sei nach Ansicht des BKartA als ein Grundsatz gegen die Preisschleuderei durch § 1 UWG gedeckt, [7] denn das UWG solle nicht nur Wettbewerber untereinander schützen, sondern diene auch dem Schutze sonstiger Marktbeteiligter und der Allgemeinheit. [8]

Während das Amt in "Kohleneinzelhandel" noch ausdrücklich darauf bestand, daß sämtliche Tatbestandsmerkmale des § 1 der WettbewerbsVO in der WR enthalten sein müssen und insbesondere eine Änderung der Regel verlangte, die gemäß der WettbewerbsVO ein vorsätzliches Handeln durch das Wort "böswillige" Nichterfüllung zum Ausdruck brachte, [9] genehmigte es in "ZuK" eine Formulierung, die in der Folgezeit von den meisten Verbänden, die die Eintragung einer Regel dieses Inhalts beantragten, gewählt wurde. Danach soll gewährleistet werden, daß die betrieblichen Verpflichtungen "erfüllt werden können". [10]

Das Amt begründete die Eintragung damit, daß hier im Gegensatz zu § 1 der WettbewerbsVO die Erfüllung dieser Verpflichtungen nicht in Beziehung zu der Bemessung der Einzelpreise gesetzt worden sei, so daß es sich bei diesen WRn

um keine konkrete Preisregel handele, sondern um ein "allgemeines -kaufmännisch und sittlich-rechtliches - Postulat". [11]

Der Wortlaut der Regel sei das Ergebnis der Erkenntnis, daß die Erfüllung der Verbindlichkeiten des Unternehmers regelmäßig nur durch die gesamte Preisbildung im Rahmen der gesamten Unternehmensführung gefährdet werden könne. [12] Dies wurde in einigen Eintragungsanträgen in Anlehnung an den kaufmännischen Sprachgebrauch dadurch verdeutlicht, daß nach dem Wortlaut der Regel die "Preispolitik" eines Unternehmers die Verpflichtung der betrieblichen Verbindlichkeiten gewährleisten soll. [13]

bb) Landeskartellbehörden

In fünf Eintragungsanträgen, über die die LKartBn zu entscheiden hatten, war die Gewährleistung der Erfüllung der betrieblichen Verpflichtungen ebenfalls Inhalt von WRn. [14]

Dabei lehnt sich der Wortlaut der betreffenden Regeln mit Ausnahme des Antrags der "Nordrheinischen Kraftfahrlehrer" und "Kraftfahrlehrer Baden-Württemberg" an den des "Kohleneinzelhandels" an, wenn davon die Rede ist, daß diese Verpflichtungen nicht böswillig verletzt werden dürfen. [15] Keine Beachtung haben die LKartBn offenbar den betreffenden Regeln in "Niedersächsische Brauereien" und "Brauerei-Regeln Baden-Württemberg" geschenkt, die insofern eine Modifizierung der Anträge enthalten, über die das BKartA befand, als es heißt, daß die "Verkaufspreise" diesen Grundsatz nicht verletzen dürfen. [16] Ebenfalls spielte es, wie auch bei den Entscheidungen des BKartA keine Rolle, ob die Regel eine "Muß"- oder eine "Soll"-Vorschrift darstellt.

Die LKartBN hielten Regeln dieses Inhalts ohne weiteres für eintragungsfähig. Nur in drei Eintragungsbegründungen ging die Behörde überhaupt auf diese WR ein: In "Fliesenregeln" verlangte sie eine Klarstellung, die deutlich machte, daß sich die Erfüllung der betrieblichen Verpflichtungen aus den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs ergibt. [17] In "Brauerei-Regeln Baden-Württemberg" stellte sie in diesem Satz fest, daß die Regel das in § 1 UWG enthaltene Verbot der Preisschleuderei enthalte [18] und in "Kraftfahrlehrer Baden-Württemberg" wurde darauf hingewiesen, daß der Grundsatz der Gewährleistung der Verpflichtungen gegenüber der Öffentlichkeit allgemeinen und somit auch das Wettbewerbsrecht beherrschenden Pflichten entspreche. [19]

Zusammenfassung

Das BKartA genehmigte alle Regeln, die von Unternehmern eine Preispolitik zwingend verlangt, oder in einer "Soll"-Vorschrift zum Ausdruck bringt, daß die Erfüllung der Verpflichtungen gegenüber den Gläubigern, der Belegschaft des Betriebes und dem Staat gewährleistet werden soll.

Soweit die Regel von einer böswilligen Gefährdung bzw. Verletzung dieser Verpflichtungen spricht und damit eine Anlehnung an § 1 der Wettbewerbsverordnung vom 21. 12. 1934 vorliegt, sah das Amt in der WR einen Grundsatz gegen die Preisschleuderei und entnahm die Eintragungsfähigkeit aus § 1 UWG.

Wenn jedoch nur allgemein davon die Rede war, daß die Erfüllung der betrieblichen Verpflichtungen gewährleistet werden solle, ging das Amt davon aus, daß es sich um keine konkrete Preisregel handele, weil die Beziehung zu der Bemessung der Einzelpreise fehle. Die Zulässigkeit der WR ergebe sich daraus, daß die Erfüllung dieser Verpflichtungen nur durch die gesamte Preisbildung im Rahmen der gesamten Unternehmensführung gefährdet werden könne und die Regel deshalb ein allgemeines - kaufmännisch und sittlich-rechtliches - Postulat darstelle, dem die Lauterkeitsbezogenheit des § 28 Abs. II GWB (a. F.) immanent sei.

Anhang: Fußnoten zu Teil III, 1. Kapitel, b)

1) "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 97 (Regel § 2 Abs. I, S. 2)
"ZuK", WuW/E BKartA 312 (Regel 2 Nr. 2, 2. HS)
"Bauindustrie", WuW/E BKartA 587 (Regel 2 Nr. 3)
"Schälmühle", WuW/E BKartA 903 (Regel I Nr. 2, Abs. II, 2. HS)
"Büromaschinen", WuW/E BKartA 1091 (Regel § 2 Abs. II, letzter S.)
"Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1166 (Regel § 2 Nr. 1)
"Baustoffhändler", WuW 67, 581 (Regel § 2 Nr. 2)
"Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1328 (Regel § 2 Nr. 2)
2) Regel § 2 Abs. I, S. 2 des "Kohleneinzelhandels", WuW/E BKartA 97
3) "Büromaschinen", a. a. O.
4) "ZuK", "Schälmühlen", "Hefeindustrie", "Baustoffhändler", "Tapetenhandel", jeweils a. a. O.
5) "Bauindustrie", a. a. O.
6) "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 99; "Büromaschinen", WuW/E BKartA 1095.
Wortlaut des § 1 Abs. I der WettbewerbsVO:
"Wer unter unlauterer Ausnutzung seines Kredits oder böswilliger Nichterfüllung seiner Verpflichtungen gegenüber dem Staat, der Gefolgschaft seines Betriebes oder seinen Gläubigern in gemeinschädlicher Weise Güter oder Leistungen zu Preisen anbietet, die seine Selbstkosten nicht decken können und den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechen, wird ... bestraft" (vgl. Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl. Band I, S. 996).
7) a. a. O. unter Hinweis auf Baumbach-Hefermehl a. a. O. Anm. 1 zur WettbewerbsVO. Aus diesem Grunde ließ es das Amt dahingestellt, ob die WettbewerbsVO als Strafnorm weiter gültig ist, WuW/E BKartA 99, 1095.
8) "Büromaschinen", WuW/E BKartA 1095 unter Hinweis auf Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl. Band I, UWG, Einl. Anm. 35)
9) WuW/E BKartA 99
10) s. FN 1
11) "ZuK", WuW/E BKartA 307; TB 1960, S. 57;
"Schälmühlen", WuW/E BKartA 905; "Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1343; "Bauindustrie", WuW/E BKartA 590, obwohl nach dem Wortlaut der Regel bei diesem Antrag eine "bewußte Verhinderung" der Erfüllungsverpflichtungen notwendig und insoweit eine Annäherung an § 1 der WettbewerbsVO gegeben ist.
In den Beschlüssen "Hefeindustrie" und "Baustoffhändler" wurde die Eintragung nicht begründet.
12) "ZuK", a. a. O. Hervorhebung vom Verf.
13) "Bauindustrie", WuW/E BKartA 587, 590; "Schälmühlen", WuW/E BKartA

903, 905; "Baustoffhändler", WuW 67, 581; "Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1328, 1343.
Der Tatsache, daß die betreffenden Regeln von "Bauindustrie", "Hefeindustrie" und "Baustoffhändler" eine "Muß-Vorschrift" darstellen, hat das Amt keine Bedeutung beigemessen.

14) "Fliesenregeln", WuW/E LKartB 64 (Regel § 2, 2. Halbsatz)
"Niedersächsische Brauereien", WuW/E LKartB 78 (Regel § 3 Nr. 1, S. 2)
"Nordrheinische Kraftfahrlehrer", WuW/E LKartB 94 (Regel Art. II, Abs. I, letzter S.)
"Kraftfahrlehrer Baden-Württemberg", WuW/E LKartB 107 (Regel Art. II, Abs. I, letzter S.)
"Brauerei-Regeln Baden-Württemberg", WuW/E LKartB 137 (Regel § 3 Nr. 1. S. 1, 2. HS)

15) a. a. O., die Formulierung in "Nordrheinische Kraftfahrlehrer" und "Kraftfahrlehrer Baden-Württemberg" ist aber ähnlich: Die Erfüllung der betrieblichen Verpflichtungen darf nicht "bewußt" verhindert werden (a. a. O.)

16) a. a. O. In den Eintragungsanträgen, über die das BKartA zu entscheiden hat, wurde eine umfassendere Formulierung gewählt, wie "Preisgestaltung" ("Kohleneinzelhandel, WuW/E BKartA 97; "ZuK", WuW/E BKartA 312), "Preisgefüge" ("Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1166), "die Preise im ganzen" ("Büromaschinen", WuW/E BKartA 1091) und "Preispolitik", s. o. Teil III, 1. Kapitel, b), aa) S. 72 f.

17) WuW/E LKartB 66 f; nach der ursprünglichen Fassung sollte sich die Verpflichtung der Erfüllung betrieblicher Verbindlichkeiten auch aus den Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft abgeleitet werden. Die Behörde betonte, daß es auf diesen Gesichtspunkt für die Eintragungsfähigkeit der Regel nicht ankomme (a. a. O.)

18) WuW/E LKartB 140 unter Hinweis auf Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., Band I, Anm. 233 zu § 1 UWG. In dieser Anmerkung wird allerdings nicht speziell darauf eingegangen, ob die Nichterfüllung der betrieblichen Verpflichtungen sittenwidrig ist. Es wird lediglich darauf hingewiesen, daß es ein Kennzeichen für das Preisschleudern sei, daß ein Unternehmer seine Waren sinn- und nutzlos nach ganz unkaufmännischen Grundsätzen zu Spottpreisen verramscht (a. a. O.).

19) WuW/E LKartB 107

c) Das Gebot ordnungsgemäßer Kalkulation

aa) Bundeskartellamt

Regeln dieses Inhalts sind in sieben Eintragungsanträgen zu finden,[1] wobei sie meist in Zusammenhang mit anderen Grundsätzen der Preisbildung oder -gestaltung beantragt wurden. So lautet die Regel 2 der Wirtschaftsvereinigung "ZuK":[2]

> "Jedes Unternehmen ist berechtigt, im Rahmen der geltenden gesetzlichen Vorschriften und dieser WRn seine Verkaufspreise und Verkaufsbedingungen frei und selbstverantwortlich zu bilden.
>
> Die Preisgestaltung soll auf der Grundlage einer ordnunggemäßen Kalkulation jedes Unternehmens erfolgen ..."

Der in Abs. I verankerte Grundsatz der Preisautonomie jedes Unternehmers war in allen Eintragungsbeschlüssen einer der entscheidenden Punkte für die Bejahung der Eintragungsfähigkeit dieser WR.[3]

Die Regel wurde in "ZuK" außerdem unter folgenden Erwägungen eingetragen:[4]

1. Dieses Gebot ziele zwar auf eine kostengerechte Preisstellung, verpflichte die Beteiligten aber nicht zu einer bestimmten Preisstellung und enthalte keinen im Einzelfall anwendbaren Maßstab für die Bemessung der Preise oder die Feststellung einer Preisschleuderei.
2. Die Verpflichtung, ordnungsgemäß, d. h. unter Beachtung anerkannter betriebswirtschaftlicher Grundsätze zu kalkulieren, wobei dieser Vorgang betriebsintern und ohne Außenwirkung sei, sei kartellrechtlich unbedenklich, da keine Wettbewerbsbeschränkung i. S. d. § 1 GWB vorliege.
3. Obwohl dem Prinzip der Kostendeckung für die Beantwortung der Frage, ob eine bestimmte Wettbewerbshandlung sittenwidrig sei oder nicht, grundsätzlich keine entscheidende Bedeutung zukomme, könnte die ordnungsgemäße Kalkulation eine wichtige Voraussetzung für eine marktorientierte und marktwirtschaftlich "richtige"Preisbildung sein und insofern die Wirksamkeit des Grundsatzes der Preisfreiheit erhöhen. Darüber hinaus würde einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegengewirkt werden, weil die allgemeine Kalkulationspflicht in einer Branche dazu

beitragen könnte, bestimmte wettbewerbsrechtlich unzulässige Formen des Preiswettbewerbs im Interesse aller Beteiligten besser zu erkennen und zu verhindern.

Im Eintragungsbeschluß "Kfz-Handel" [5] wurde ohne nähere Begründung ebenfalls festgestellt, daß die Anregung zur Kalkulation geeignet sei, wettbewerbsrechtlich unzulässigen Handlungen entgegenzuwirken. Dadurch werde auch der Leistungswettbewerb gefördert. [6] Im Unterschied zu der Regel der "ZuK" durfte hier die Kalkulation den wirtschaftlichen Verhältnissen des Betriebs angepaßt sein. [7] Das Amt betonte, daß die wirtschaftlichen Verhältnisse auch sonst bei der Festsetzung der Angebotspreise berücksichtigt werden könnten, wie überhaupt, was besonders die Ausgestaltung der Regel als "Soll"-Vorschrift zeige, im Einzelfall von der Grundlage einer ordnungsgemäßen Kalkulation abgewichen werden dürfe. [8]

Der dritte, in diesem Zusammenhang einschlägige Eintragungsbeschluß "Bauindustrie" [9] brachte schon vom Wortlaut der Regel her eine Änderung, als nicht nur eine Anregung, sondern eine Verpflichtung zur Vorkalkulation in der WR ausgesprochen war, so daß im Bereich der Bauindustrie die Preisbildung in Kenntnis der Selbstkosten erfolgen muß. [10] Auch diese Regel wurde vom BKartA genehmigt. Das Amt ging zunächst davon aus, daß mit der Regel ein betriebsinterner Vorgang gemeint sei, der der Preisbildung vorausgehen solle und in dieser Branche auch tatsächlich vorausgehe. [11] Bezüglich der Lauterkeitsbezogenheit dieser WR stellte es fest, daß allein eine Notwendigkeit oder Üblichkeit, oder die Tatsache, daß die öffentliche Hand aus fiskalischen Gründen eine Kalkulation wünsche, diese als WR nicht zulässig sei. Ihre Eintragungsfähigkeit ergebe sich aber aus den "besonderen Marktverhältnissen der Bauwirtschaft", die die Sicherung eines leistungsgerechten Wettbewerbs notwendig machten, der den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entspreche. [12] [13] Außerdem sei es wegen dieser besonderen Verhältnisse notwendig, der Gefahr von Wettbewerbsverfälschungen und -auswüchsen auf dem Baumarkt entgegenzuwirken und marktwirtschaftliche Grundsätze auf dem Gebiet der Aufträge für Bauleistungen durchzusetzen.

Diese Aufgabe erfüllten insbesondere die Verdingungsordnungen für Bauleistungen (VOB). Obwohl diese keine gesetzliche oder gesetzesähnliche Vorschrift darstellten, könnten sie, da sie nicht nur bei öffentlich finanzierten Bauvorhaben, sondern auch im privaten Bausektor eine immer größere Bedeutung erlangten, in Verbindung mit dem Baupreisrecht als "wesentliche Ordnungselemente des Baumarktes" bezeichnet werden. [14] Obwohl beide Regelungen - VOB und Baupreisrecht - keine ausdrückliche Verpflichtung zur Vorkalkulation enthielten, könnten sie ohne diese im allgemeinen nicht angewendet werden. [15]

Diese gesamten Umstände, so führte das BKartA weiter aus, rechtfertigten die Feststellung, daß die Kalkulation im Interesse eines leistungsgerechten Wettbe-

werbs liege und zugleich der Verwirklichung wesentlicher Ordnungsgrundsätze im Bereich der Bauwirtschaft diene, denn auch "anerkannte Ordnungsgrundsätze einer Branche" gehörten zu den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs.[16] In der Erkenntnis, daß eine Regel mit dem Inhalt der Kalkulationspflicht so elastisch gestaltet werden müsse, daß ein sachgemäßes wirtschaftliches Verhalten eines Unternehmers nicht als wettbewerbswidrig angesehen werden würde, gab die Beschlußabteilung Bedenken gegen das die Verpflichtung ausdrückende Wort "muß" erst auf, nachdem durch die Änderung der Regel eine Einschränkung insofern vorgenommen wurde, als nur noch eine "der Sachlage genügende" Kalkulation Gegenstand der WR war.[17]

Obwohl in der Regel eine Kalkulationspflicht für die Unternehmer statuiert war, entnahm das Amt "aus dem eindeutigen Wortlaut der Regel", daß die Beteiligten nicht zu einer bestimmten Preisstellung verpflichtet seien und somit kein im Einzelfall für die Bemessung der Preise verbindlicher Maßstab aufgestellt worden sei.[18]

Die Eintragungsbegründung dieses Beschlusses unterscheidet sich von den vorausgegangenen bei der Beurteilung dieser WR dadurch, daß man hier argumentierte mit der "Sicherung des Leistungswettbewerbs",[19] der dem lauteren Wettbewerb gleichgestellt wurde[20] und daß das Amt auch "anerkannte Ordnungsgrundsätze einer Branche" zu den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zählte. Das BKartA schloß sich nicht der Auffassung in den vorausgegangenen Beschlüssen an, daß eine Regel, die eine Vorkalkulation vorschreibe oder zu einer solchen anrege, geeignet sei, wettbewerbsrechtlich unzulässigen Handlungen entgegenzuwirken,[21] vielmehr ging es hier davon aus, daß sie ein Verhalten anrege, das den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entspreche. Somit ist eine Verlagerung der Argumentation vom § 28 Abs. II 1. Alternative auf die 2. Alternative (a. F.) zu erkennen.

Nachdem die Deutsche Bundesbahn gegen den Beschluß des BKartA Einspruch wegen der Zulassung dieser WR erhob, mußte die Einspruchsabteilung ebenfalls über deren Eignung zur Eintragung entscheiden.[22] Das Amt stellte hier zunächst klar, daß es der Beschlußabt. insoweit folge, als diese in der Vorkalkulation einen betriebsinternen Vorgang erblickte, daß daraus aber nicht geschlossen werden dürfe, die Regel sei nicht wettbewerbsrelevant.[23] Vielmehr fördere die WR wegen der besonderen Verhältnisse in der Bauwirtschaft den Leistungswettbewerb, der vom Begriff des lauteren Wettbewerbs i. S. d. § 28 Abs. II GWB umfaßt werde. Ihre Eintragungsfähigkeit ergebe sich daraus, daß die Vorkalkulation zur Abgabe durchdachter Angebote führe, somit der Ausschließung der Willkür diene und deswegen zumindest mittelbar lauterkeitsbezogen sei.[24] Die Worte "ein der Sachlage genügende Selbstkostenermittlung" seien weder

unklar noch widerspruchsvoll. Gefahren, die durch einen gewissen Auslegungsspielraum entstünden, könnten durch Überwachung (Auflagen) vermieden oder beseitigt werden.[25]

Im Gegensatz zur Beschlußabt. ließ es die Einspruchsabt. nicht genügen, daß die Vorkalkulation im Interesse eines leistungsgerechten Wettbewerbs liege, vielmehr dürfe die WR nur deshalb eingetragen werden, weil sie wenigstens einen mittelbaren Lauterkeitsbezug erkennen lasse. Auf das Argument, die Kalkulation diene der Verwirklichung wesentlicher Ordnungsgrundsätze in der Bauwirtschaft, ging die Einspruchsabt. überhaupt nicht ein, was darauf schließen läßt, daß dieser Gesichtspunkt für die Zulässigkeit der WR nach Ansicht der Einspruchsabt. ohne Belang war.
Weiter ging das Amt hier offensichtlich davon aus, daß eine Verpflichtung zur Vorkalkulation eine Wettbewerbsbeschränkung bedeute. Trotzdem stehe § 31 GWB der Zulässigkeit der Regel nicht entgegen, denn es könnten nach pflichtgemäßem Ermessen bei Vorliegen besonderer Umstände auch Vereinbarungen zugelassen werden, die einen Verstoß gegen § 1 GWB darstellten, wenn sie zugleich dem Schutze des Leistungswettbewerbs dienten und außerdem dem lauteren Wettbewerb in einem Wirtschaftszweig Geltung verschafften.[26]

In dem Beschluß "Schälmühlen"[27] wurde dann wieder genau die gegenteilige Ansicht vertreten: Nachdem nicht einmal eine Verpflichtung zur Kalkulation eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. d. § 1 GWB bedeute, sei dies natürlich auch bei einer in der Regel niedergelegten Empfehlung nicht der Fall.[28] Obwohl die Kalkulation ein unternehmensinterner, sich nicht im Wettbewerb abspielender Vorgang sei, so führte das Amt weiter aus, könne der Eintragung der WR nicht entgegengehalten werden, daß § 28 Abs. II GWB nur auf Verhalten von Unternehmen im Wettbewerb Anwendung finde, denn § 28 Abs. II GWB erfasse auch Regelungen, die eine "Tendenz zur Unlauterkeit, bekämpfen und somit Voraussetzungen für ein lauteres Verhalten der beteiligten Unternehmen im Wettbewerb geschaffen werden würden.[29] Durch die besonderen, durch einen heftigen Ausscheidungswettbewerb gekennzeichneten Verhältnissen in der Schälmühlenindustrie bestehe eine erhöhte Gefahr unlauterer Preisunterbietungen und unlauterer Unterselbstkostenverkäufe. Dieser Gefahr könne durch die Anregung, ordnungsgemäß zu kalkulieren, begegnet werden, weil der Unternehmer hierdurch imstande sei, eine etwaige wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit seines Preisgebarens besser zu erkennen.[30]

Auch hier ist, wie in "Bauindustrie II",[31] zu erkennen, daß das Amt zu der Praxis der ersten beiden, in diesem Zusammenhang interessierenden Eintragungsbeschlüssen zurückkehrte die eine Vorkalkulation anregende WR nach § 28 Abs. II 1. Alternative (a. F.) beurteilte. In diesem Beschluß wurde insofern über die Aus-

sagen in "Bauindustrie II" hinausgegangen, als dieser Zweck für die Eintragungsfähigkeit der Regel maßgebend war, obwohl die Kalkulation als ein unternehmensinterner Vorgang nach Ansicht der Beschlußabt. eigentlich nicht von § 28 Abs. II GWB erfaßt werde. [32]

Die nachfolgenden Eintragungsbeschlüsse "Büromaschinen" [33] und "Baustoffhändler" [34] lagen auf dieser Linie. Beide Male war, wohne darauf einzugehen, ob es sich bei der Anregung zur Vorkalkulation um einen innerbetrieblichen Vorgang handelte und deswegen Bedenken auftauchen könnten, ob das betreffende Verhalten durch eine WR geregelt werden kann, bei der Eintragungsbegründung die Rede davon, daß unlauterem Wettbewerb vorgebeugt [35] bzw. unlauterem Wettbewerbsverhalten entgegengewirkt werden solle. [36] [37] Während in "Büromaschinen" wiederum die Bedeutung der Regel als "Soll"-Vorschrift eine Hervorhebung erfuhr, als deutlich gemacht wurde, daß ein Zwang zur Selbstkostenermittlung nicht ausgeübt werden dürfe, [38] bezog sich das BKartA in "Baustoffhändler" auf den BGH [39] und sah sich in seiner Entscheidungspraxis bezüglich der WRn mit "Soll-Kalkulationen" bestätigt, weil auch der BGH Regeln dieses Inhalts für zulässig hielt mit dem Argument, daß die Empfehlung, anders als ein Kalkulationsgebot, die Entscheidungsfreiheit des einzelnen Unternehmers unberührt lasse und die Regel bei Vorliegen der Lauterkeitsbezogenheit eintragungsfähig sei. [40]

Die Eintragungsentscheidung "Tapetenhandel" [41] verwies ebenfalls auf dieses Urteil des BGH, brachte aber ein Novum hinsichtlich des Lauterkeitsbezugs der WR. Diesen, so meinte das BKartA, erhalte die Kalkulationsempfehlungsregel erst dadurch, daß durch die WR sichergestellt sein solle, daß die Pflichten der Unternehmer gegenüber dem Staat, den Betriebsangehörigen und den Gläubigern erfüllt werden. [42] Die in der ursprünglichen Fassung verwendete Formulierung, [43] zur Kontrolle der Preispolitik müßten "jeweils zuvor" die Selbstkosten ermittelt werden, mußte gestrichen werden, weil eine Selbstkostenermittlung vor jeder einzelnen Preisbildung nicht erforderlich sei, um die Erreichung dieses Zwecks zu ermöglichen. [44]

Das BKartA stellte also hier nicht nur fest, daß es im Bereich des Tapetenhandels offenbar keine besonderen Verhältnisse gebe, die es erlaubten, in der Vorkalkulation eine Bekämpfung der Unlauterkeit bzw. der Tendenz zur Unlauterkeit zu sehen, [45] sondern nahm an, daß auch ohne diese Kriterien eine Regel dieses Inhalts ihre Lauterkeitsbezogenheit nicht daraus herleiten könne, daß sie etwa der Ausschaltung von Willkür diene [46] oder sonst allgemein geeignet sei, unlauterem Wettbewerb entgegenzuwirken, [47] etwa weil unzulässige Formen des Preiswettbewerbs besser erkannt werden würden. [48]

Berechnung der Selbstkosten

In drei Eintragungsanträgen [49] wurde im Zusammenhang mit der Vorkalkulation eine Empfehlung verbunden, die eine Richtschnur für die Berechnung der Selbstkosten darstellen sollte. Das BKartA hat diese Regeln ausnahmslos genehmigt.

Im Eintragungsbeschluß "Bauindustrie" stellte das Amt zunächst fest, daß die betreffende WR [50] zwar den Gegenstand der Kalkulation bezeichne, aber weder eine Aussage über bestimmte Kalkulationsgrundsätze und -methoden bringe, noch eine Definition des Begriffs der Selbstkosten gegeben würde, die auch wegen der unterschiedlichen betriebswirtschaftlichen und wettbewerbsrechtlichen Grundsätze einer einheitlichen Begriffsbestimmung entgegenstehen könnte und deshalb problematisch sei. Man sei sich allerdings im Vorverfahren darüber einig gewesen, daß nur eine "ordnungsgemäße" Kalkulation dem Sinn und Zweck dieser WR gerecht werde, die alle durch die Bauleistung anfallenden Kosten erfasse. [51] Legt man die Definition zugrunde, die das Amt ohne Abweichung in einigen Beschlüssen aufstellte, [52] so bedeutet diese Aussage, daß es "anerkannten betriebswirtschaftlichen Grundsätzen" entspreche, wenn alle diese Kosten in die Kalkulation einbezogen werden.

Rechtlich ohne Bedeutung sei nach Auffassung des BKartA, daß sich in der Praxis bestimmte Kosten, z. B. die allgemeinen Geschäftsunkosten, betriebswirtschaftlich exakt ermitteln ließen, die Regel jedoch von einer "Abschätzung" der Mengen- und Wertansätze spreche, denn nach Sinn und Zweck der WR, die gerade eine sorgfältige Kostenermittlung fordere, könne diese nicht so ausgelegt werden, daß eine genaue rechnerische Erfassung der Kosten ausgeschlossen sein solle. [53] Aber abgesehen davon, daß eine exakte Kostenermittlung ein entsprechendes betriebliches Rechnungswesen voraussetze, das nicht allen bauindustriellen Unternehmen zur Verfügung stehe, müsse berücksichtigt werden, daß man auch bei der Umlegung exakt ermittelter Kosten auf die Kostenträger zum Teil wiederum auf Schätzungen angewiesen sei. [54] Da die Regel im übrigen keine Preisregel darstelle, sei eine irrtümliche Auslegung wettbewerbsrechtlich irrelevant. [55]

Die Regel § 3 Nr. 2 des Bundes Deutscher Baustoffhändler hat den gleichen Inhalt, spricht jedoch nur von der "Erfassung" der durch die Handelsleistung entstehenden Kosten, ohne daß, wie im vorhergehenden Eintragungsantrag eine Konkretisierung vorgenommen worden wäre. [56] Das Amt begründete die Eintragung nicht.

Bei der entsprechenden WR im Eintragungsbeschluß "Tapetenhandel" [57] vertrat das BKartA die Auffassung, daß die Wiedergabe des betriebswirtschaftlichen Lehrsatzes in Satz 1 kartellrechtlich irrelevant und deswegen eintragungsfähig sei. [58] Satz 2 der Regel sei eine unentbehrliche Hilfe für viele Unternehmer, die sonst bei dieser Mischkalkulation nicht in der Lage wären, ihre Selbstkosten zu errech-

nen. Dies rühre daher, daß bei diesen Unternehmern durch die besonderen Verhältnisse im Tapetenhandel, die dadurch gekennzeichnet seien, daß die Handelsaufschläge und Verbraucherpreise seit Jahrzehnten von dritter Seite vorgeschrieben worden seien, eine Übung zu selbstverantwortlicher Kalkulation nicht vorhanden sei.[59] Bemerkenswert ist, daß sich das Amt hier im Gegensatz zu den vorangegangenen Beschlüssen zumindest Gedanken über die Eintragungsfähigkeit der WR machte, diese jedoch auf den ersten Teil der Regel beschränkte und lediglich die kartellrechtliche Irrelevanz bejahte, ohne zu prüfen, ob der Zweck der WR gem. § 28 Abs. II GWB (a. F.) gegeben sei.

bb) Landeskartellbehörden

In keiner der Eintragungsentscheidungen der LKartBn brauchte über die Zulässigkeit einer Regel, die die "ordnunggemäße Kalkulation" betraf, befunden zu werden. Als einziger Verband hatte der Bund Deutscher Fliesengeschäfte ursprünglich eine WR dieses Inhalts zur Eintragung angemeldet, sie aber auf Anregung der Kartellbehörde wieder zurückgezogen.

Dennoch machte die LKartB in diesem Eintragungsbeschluß[60] Ausführungen über die ursprüngliche Regel § 3 Abs. I.[61] Danach hätten gegen diese, zunächst beantragte Regel erhebliche kartellrechtliche Bedenken bestanden: Es könne nicht anerkannt werden, daß die Grundsätze der Preiswahrheit und -klarheit ganz allgemein eine ordnungsgemäße Kalkulation "bedingten". Eine Verpflichtung zur Vorkalkulation lasse sich nämlich aus den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs nicht unmittelbar folgern, die Grundsätze der Preiswahrheit und -klarheit könnten auch unter Außerachtlassung der in dieser Regel aufgezeigten Merkmale beachtet werden.[62] Daran ändere auch nichts die Bezugnahme auf die speziellen Preisvorschriften der Baupreisverordnung, denn diese sei nach der Rechtsprechung des BGH als "lauterkeitsneutral" i. S. d. UWG anzusehen.[63] Im übrigen beziehe sich der Grundsatz der Preiswahrheit und -klarheit auf das äußere Verhalten des Unternehmers im Preiswettbewerb, nicht jedoch auf die betriebseigene Sphäre.[64] Die Unzulässigkeit des Kalkulationsschemas ergebe sich daraus, daß in ihm eine Empfehlung bzw. spätere Vereinbarung eines bestimmten einheitlichen Kalkulationsschemas i. S. d. § 5 Abs. IV GWB erblickt werden könnte.[65]

Im Gegensatz zu den Eintragungsanträgen, über die das BKartA zu entscheiden hatte, wurde hier nach dem Wortlaut der WR eine Verpflichtung zur Kalkulation dem Grundsatz der Preiswahrheit und -klarheit entnommen. Allein unter diesem Gesichtspunkt wurde auch die Zulässigkeit der WR beurteilt. Interessant ist, daß das BKartA in seiner Stellungnahme[66] der Bezugnahme auf die Baupreisverord-

nung keine Bedeutung schenkte. Ob in der Baupreisverordnung "anerkannte Ordnungsgrundsätze einer Branche" enthalten seien, die nach dem zeitlich später liegenden Eintragungsbeschluß "Bauindustrie" [67] zu den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs gehörten, [68] wurde hier nicht geprüft.

Zusammenfassung

Sämtlichen Eintragungsbeschlüssen des BKartA war gemeinsam, daß hervorgehoben wurde, daß bei Regeln, die zu einer Vorkalkulation anregen oder verpflichten, der Grundsatz der freien und selbstverantwortlichen Preisbildung nicht angetastet werden dürfe.

In einem einzigen Eintragungsantrag [69] wurde eine Verpflichtung zur Kalkulation in die Regeln aufgenommen, in allen anderen Anträgen begnügte man sich mit einer Empfehlung.

Das BKartA genehmigte beide Arten dieses Typs von WRn. Dabei wurde in den Eintragungsbeschlüssen meist die Frage aufgeworfen, ob die WR gegen § 1 GWB verstoße. Soweit das BKartA hierauf einging, vertrat es folgende Meinungen:

a) eine Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Kalkulation sei kartellrechtlich irrelevant, weil es sich um einen Vorgang ohne Außenwirkung handele. [70]
b) eine Verpflichtung zur Vorkalkulation bedeute eine Wettbewerbsbeschränkung, weil die Regel wettbewerbsrelevant sei, obwohl sie einen betriebsinternen Vorgang darstelle. [71]
c) nur die Anregung, nicht die Verpflichtung zur Kalkulation sei kartellrechtlich unbedenklich. [72]

Entscheidend für die Zulässigkeit der Regel war aber immer, ob die Zweckbestimmung des § 28 Abs. II GWB (a. F.) eingehalten wurde, ob die WR also lauterkeitsbezogen war. Hier vertrat das Amt folgende Auffassungen:

a) durch die Regel werde wettbewerbsrechtlich unzulässigen Handlungen entgegengewirkt. [73]
b) durch die Regel werde eine "Tendenz zur Unlauterkeit" bekämpft. [74]
c) die Lauterkeitsbezogenheit ergebe sich daraus, daß die Regel der Sicherung des Leistungswettbewerbs diene und zu den "anerkannten Ordnungsgrundsätzen einer Branche" zähle, die den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entsprächen. [75]
d) die Lauterkeitsbezogenheit sei nur deswegen vorhanden, weil

durch die Regel sichergestellt werde, daß die Pflichten der Unternehmer gegenüber dem Staat, den Betriebsangehörigen und den Gläubigern erfüllt werden.[76)]

Darüber hinaus wurden in zwei Eintragungsbeschlüssen[77)] ökonomische Gesichtspunkte herangezogen: Während das BKartA aber in "ZuK" ausdrücklich betonte, daß die ordnungsgemäße Kalkulation eine wichtige Voraussetzung für eine marktorientierte und marktwirtschaftlich "richtige" Preisbildung sei und insofern die Wirksamkeit des Grundsatzes der Preisfreiheit erhöhen könnte,[78)] wurde in "Bauindustrie" nur nebenbei bemerkt, daß wegen der besonderen Verhältnisse in dieser Branche es auch notwendig sei, marktwirtschaftliche Grundsätze auf dem Gebiet der Aufträge für Bauleistungen durchzusetzen.[79)]

Soweit der Grundsatz der ordnungsgemäßen Kalkulation, der nach Ansicht des BKartA bedeute, daß die Preise unter Beachtung anerkannter betriebswirtschaftlicher Grundsätze ermittelt werden,[80)] insofern konkretisiert wurde, als in der WR eine Richtschnur für die Berechnung der Selbstkosten enthalten war, wurde auch diese als eintragungsfähig angesehen. Bei den Eintragungsbegründungen fällt auf, daß das Amt entweder auf diese Regel überhaupt nicht einging,[81)] oder die Regel nur oberflächlich und unvollständig auf ihre Zulässigkeit hin prüfte. So kann in "Bauindustrie"[82)] nur vermutet werden, daß die Tatsache, daß keine Aussage über bestimmte Kalkulationsgrundsätze und -methoden gebracht wurden, die Behörde veranlaßte, die WR als nicht gegen § 1 GWB verstoßend anzusehen, während in "Tapetenhandel"[83)] die Eintragungsfähigkeit der Regel daraus geschlossen wurde, daß es sich nach Ansicht des Amtes um eine kartellrechtlich irrelevante Wiedergabe eines betriebswirtschaftlichen Lehrsatzes handele. In keinem der Beschlüsse wurde aber darauf eingegangen, ob die Zweckbestimmung gem. § 28 Abs. II GWB vorlag. Dies läßt den Schluß zu, daß nach Ansicht des Amtes diese Regel als reine Hilfsfunktion der eigentlichen Kalkulationsregel ihre Lauterkeitsbezogenheit bereits aus dieser herleiten könne.

Im einzigen Eintragungsbeschluß, in dem sich eine LKartB über die Zulässigkeit einer Kalkulationsregel äußerte,[84)] wurde diese als nicht eintragungsfähig angesehen, weil sie, als "Muß"-Vorschrift ausgestaltet, mit den Grundsätzen der Preiswahrheit und -klarheit in Zusammenhang stand und die Behörde der Meinung war, daß diesen auch ohne einer Vorkalkulation Genüge getan werden könne.[85)] Die Unzulässigkeit eines Kalkulationsschemas erblickte die LKartB darin, daß in ihm eine Empfehlung bzw. spätere Vereinbarung eines bestimmten Kalkulationsschemas i. S. d. § 5 Abs. IV GWB erblickt werden könnte.[86)]

Anhang: Fußnoten zu Teil III, 1. Kapitel, c)

1) "ZuK", WuW/E BKartA 312 (Regel 2 Nr. 2)
"Kfz-Handel", WuW/E BKartA 610 (Regel § 2 Abs. II)
"Bauindustrie", WuW/E BKartA 587 (Regel 3)
"Schälmühlen", WuW/E BKartA 903 (Regel 1 Nr. 2, Abs. II)
"Büromaschinen", WuW/E BKartA 1091 (Regel § 2 Abs. II)
"Baustoffhändler", WuW/E BKartA 1213 (Regel § 3)
"Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1328 (Regel § 2 Nr. 3)
2) a. a. O. Die Regeln der übrigen Eintragungsanträge haben den gleichen oder ähnlichen Inhalt.
3) vgl. WuW/E BKartA 306 f., 613, 592, 816, 905, 1095, 1214, 1343; vgl. dazu auch oben Teil III, 1. Kapitel, a) S. 66 ff.
4) WuW/E BKartA 306; TB 1960, S. 57
5) WuW/E BKartA 609 ff.
6) WuW/E BKartA 613; zum Problem des Leistungswettbewerbs in dieser Entscheidung s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 18 ff.
7) vgl. Wortlaut der Regel § 2: WuW/E BKartA 610
8) WuW/E BKartA 613, wobei unter "Grundlage einer ordnungsgemäßen Kalkulation" die Preise zu verstehen seien, die unter "Beachtung anerkannter betriebswirtschaftlicher Grundsätze" ermittelt wurden. So schon in "ZuK", s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 77.
9) WuW/E BKartA 586 ff.
10) vgl. Wortlaut der Regel (s. FN 1) und WuW/E BKartA 590
11) um dies klarzustellen, hat das Amt eine Änderung der ursprünglichen Regel verlangt, vgl. WuW/E BKartA 586, 587, 590.
12) WuW/E BKartA 591; daß das BKartA zunächst sagte (a. a. O.), daß das Gebot einer ordnungsgemäßen Kalkulation sich "allgemein" nicht aus den "Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs" rechtfertigen lasse, spricht nicht dagegen, s. TB 1963, S. 53 und oben Teil II, 1. Kapitel, a) S. 24 ff.
13) REIMERS (S. 59) ist der Ansicht, das Amt weise hier darauf hin, daß in der Bauwirtschaft die Kalkulation weder notwendig, noch üblich sei, noch im allgemeinen Interesse liege. Dies ist aber nicht richtig, das Amt wollte vielmehr ausdrücken, daß die Regel alleine wegen Vorliegens dieser Merkmale noch nicht eintragungsfähig sei. REIMERS unterstellt nämlich mit seiner Interpretation, daß die Behörde hier zum Ausdruck bringen wollte, daß eine WR eintragungsfähig sei, wenn sie von der öffentlichen Hand gewünscht werde. Dies wollte das Amt aber gerade nicht.
14) WuW/E BKartA 591
15) a. a. O. TB 1963 S. 54
16) a. a. O. TB a. a. O.; s. auch oben Teil II, 1. Kapitel, a) S. 21 ff. Die Her-

vorhebung dieser Merkmale rechtfertigt die Ansicht, daß das Amt der Möglichkeit des Entgegenwirkens von Wettbewerbsverfälschungen und -auswüchsen auf dem Baumarkt hinsichtlich des Lauterkeitsbezugs der WR keine große Bedeutung mehr zugemessen hat. A. A. PETER S. 82 u. BENISCH DB 63, 954, die meinen, daß das Amt gerade in diesen Merkmalen die Verbindung mit dem Lauterkeitsgrundsatz hergestellt gesehen habe. Dann hätten diese Kriterien aber nach der bisherigen Praxis des BKartA ohne weiteres die Eintragungsfähigkeit der Regel begründet, ohne daß es nötig gewesen wäre, die "Ordnungsgrundsätze einer Branche" zu den "Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs" zu rechnen.

17) WuW/E BKartA 592
18) a. a. O., TB 1963, S. 54
19) "Leistungswettbewerb" bedeutet dasselbe wie "leistungsgerechter Wettbewerb", s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 26
20) s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 24 ff.
21) s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 78
22) "Bauindustrie II", WuW/E BKartA 813 ff.
23) WuW/E BKartA 815; davon ging wohl die Beschlußabt. aus, denn sonst hätte sie nicht auf der Änderung der Regel zu bestehen brauchen, s. o. FN 11. Außerdem drohte das Amt die Löschung der Regel an, wenn sie nicht im Sinne der Änderung praktiziert werde (WuW/E BKartA 590 f.).
24) WuW/E BKartA 815, TB 1964, S. 42; zum Verhältnis "Leistungswettbewerb" - "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs in diesem Beschluß" s. auch oben Teil II, 1. Kapitel, a) S. 26 f.
25) WuW/E BKartA 815
26) a. a. O., TB a. a. O.; s. auch oben Teil II, 2. Kapitel, a) S. 50
27) WuW/E BKartA 902 ff.
28) WuW/E BKartA 905; hier handelte es sich, wie auch in allen folgenden Eintragungsanträgen wieder lediglich um eine "Soll"-Vorschrift.
29) a. a. O., TB 1964, S. 39
30) WuW/E BKartA 905, TB 1964, S. 39
31) s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 79 f.
32) In "Bauindustrie II" wurde hingegen zunächst festgestellt, daß die Regel wettbewerbsrelevant sei, weil sie den Leistungswettbewerb fördere, WuW/E BKartA 815, s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 80
33) WuW/E BKartA 1090 ff.
34) WuW/E BKartA 1213 ff.
35) WuW/E BKartA 1095, TB 1966, S. 37; hier durfte nach dem Wortlaut der Regel die Kalkulation den wirtschaftlichen Verhältnissen des einzelnen Betriebes angepaßt sein (vgl. WuW/E BKartA 1091).

36) WuW/E BKartA 1214 f., TB 1968, S. 74, unter Bezugnahme auf die besonderen Gegebenheiten im Bereich der Bauwirtschaft.
37) In beiden Eintragungsanträgen wurde jedoch der innerbetriebliche Vorgang der Kalkulation durch die Worte "zum Zwecke der Selbstkontrolle" betont. In "Büromaschinen" wurde die Regel in diesem Sinne geändert, vgl. hierzu REIMERS S. 105.
38) WuW/E BKartA 1095
39) WuW/E BKartA 1214, WuW/E BGH 769
40) WuW/E BKartA 1214 f. Durch diese BGH-Entscheidung ist die einzige Regel mit einer Verpflichtung zur Vorkalkulation ("Bauindustrie") nachträglich wieder gelöscht worden, s. u. Teil IV, 2. Kapitel, S. 186 ff.
41) WuW/E BKartA 1327 ff.
42) WuW/E BKartA 1343
43) vgl. WuW 69, 14
44) WuW/E BKartA 1343; außerdem wurde durch die Neufassung der Regel verdeutlicht, daß die Preispolitik der Sicherung der betrieblichen Verpflichtungen dienen soll, vgl. WuW 69, 14 und WuW/E BKartA 1328, 1343.
45) wie in "Schälmühlen", s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 80.
46) wie in "Bauindustrie II", s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 79
47) wie in "ZuK", s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 78
"Kfz-Handel", Büromaschinen" und Baustoffhändler", s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa), S. 78, 80 f.
48) so in "ZuK", a. a. O. und "Schälmühlen", s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 80.
49) "Bauindustrie", WuW/E BKartA 587; "Baustoffhändler", WuW/E BKartA 1213; "Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1328; s. jeweils FN 1.
50) Wortlaut (vgl. WuW/E BKartA 587):

> "Eine Selbstkostenermittlung vor Preisbildung soll die durch die Leistung entstehenden Kosten durch sorgfältige Abschätzung der Mengen- und Wertansätze erfassen."

51) WuW/E BKartA 592
52) "ZuK", WuW/E BKartA 306; "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 613; "Schälmühlen", WuW/E BKartA 905.
53) WuW/E BKartA 592
54) a. a. O.
55) a. a. O.
56) vgl. WuW/E BKartA 1213
57) Wortlaut (vgl. WuW/E BKartA 1328):

> "Bei der Selbstkostenermittlung sollen nach ordnungsgemäßer Kalkulation alle Betriebskosten anteilig mit erfaßt werden. Fallen im Rahmen einer Mischkalkulation Betriebskosten auch aus

Geschäftszweigen außerhalb des Tapetenhandels an, so können als Erfahrungssatz die umsatzanteiligen Durchschnittsbetriebskosten für den Tapetenhandel nach der Gewinn- und Verlustrechnung während der drei vorausgehenden Geschäftsjahre zugrunde gelegt werden."

58) WuW/E BKartA 1343

59) a. a. O.

60) "Fliesenregeln", WuW/E LKartB 63 ff.

61) Wortlaut (vgl. WuW 61, 404):

"Die Grundsätze der Preiswahrheit und -klarheit bedingen eine ordnungsgemäße Kalkulation, die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen und auf Grund der Vorschriften der Baupreisverordnung ... unter Verwendung der jeweiligen Zahlen der Buchhaltungen der Betriebe an Hand eines einheitlichen Kalkulationsschemas, welches verbandsseitig zur Verfügung gestellt wird und keine Preise oder Preisbestandteile festlegt, aufzustellen ist (s. Anlage)."

62) WuW/E LKartB 67

63) a. a. O. Diese Ansicht entnahm die LKartB einer Stellungnahme des BKartA (s. a. a. O.)

64) a. a. O., Hervorhebung vom Verf.

65) a. a. O.

66) vgl. FN 63

67) WuW/E BKartA 586 ff., s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 77 ff.

68) WuW/E BKartA 591, s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 78

69) "Bauindustrie", s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 77 ff.

70) "ZuK", "Bauindustrie", "Schälmühlen", s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 77, 78, 80 f.

71) "Bauindustrie II", s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 80

72) "Baustoffhändler", "Tapetenhandel", s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 81
Die Haltung in diesen letzten Beschlüssen geht auf die Meinung des BGH zurück, der aus diesem Grunde die Kalkulationsregel in "Bauindustrie" nicht genehmigte, s. u. Teil IV, 2. Kapitel, S. 186 ff.

73) "ZuK", "Kfz-Handel", "Büromaschinen", "Baustoffhändler", s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 78, 81 f.

74) "Bauindustrie II", "Schälmühlen", s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 80 f.

75) "Bauindustrie", s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 78

76) "Tapetenhandel", s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 81

77) "ZuK", "Bauindustrie", s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 77 f., 78 ff.

78) s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 78
79) s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 78
80) s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 77 und FN 8
81) so in "Baustoffhändler", s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 82
82) s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 82
83) s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 82 f.
84) "Fliesenregeln", s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), bb) S. 83
85) s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), bb) S. 83
86) s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), bb) S. 83

d) Das Verbot der planmäßigen und gezielten Preisunterbietung

aa) Bundeskartellamt

In acht der behandelten Eintragungsanträgen [1] waren WRn enthalten, die eine Preisunterbietung als unlauter kennzeichneten. Als Beispiel mag die Regel § 3 Nr. 2 des "Kohleneinzelhandels" dienen: [2]

> "Es widerspricht ... den in §§ 1 und 2 festgelegten Grundsätzen: [3]
> die Angebote bestimmter Mitbewerber planmäßig und rücksichtslos zu unterbieten mit der Absicht oder Wirkung, sie vom Markt zu verdrängen oder dem Unterbieter eine monopolartige Stellung zu verschaffen, sofern dieses Vorgehen nach Beweggrund, Mittel und Zweck als sittenwidrig angesehen werden muß."

Das BKartA stellte in diesem ersten Eintragungsbeschluß zunächst klar, daß WRn, die eine Preisunterbietung verbieten, wegen der funktionellen Bedeutung des Preiswettbewerbs für die Marktwirtschaft nur zur Förderung der Lauterkeit im Wettbewerb gem. § 28 Abs. II GWB (a. F.) zugelassen werden dürften. Die Preisunterbietung sei für sich allein noch nicht wettbewerbsfremd. Sie gehöre vielmehr in der marktwirtschaftlichen Ordnung zu den zulässigen Mitteln eines freien, unternehmerischen Wettbewerbs und sei daher grundsätzlich nicht verboten. Als Verstoß gegen die guten kaufmännischen Sitten könne die Preisunterbietung erst dann angesehen werden, wenn besondere Umstände hinzutreten, d. h. wenn sie im Einzelfall nach Anlaß, Mittel und Zweck eine unzulässige Wettbewerbshandlung darstelle. Diesen Anforderungen werde die betreffende WR gerecht. [4]

Diese Ansicht des BKartA findet sich im wesentlichen auch in allen anderen Eintragungsbegründungen, die diese Regel betreffen. Dabei wurde darauf hingewiesen, daß auch das "planmäßige" Unterbieten, für sich gesehen, ein primäres Mittel des Preiswettbewerbs sei, denn jede kaufmännische Tätigkeit vollziehe sich nach einem Plan, der darauf gerichtet sei, sich eine günstigere Stellung im Markt auf Kosten der Mitbewerber zu verschaffen. [5] Ebenso sei es grundsätzlich mit den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs vereinbar, wenn die Anbietung rücksichtslos erfolge, denn eine Preisunterbietung zu Zwecken des Wettbewerbs müsse fühlbar sein, um vom Publikum bemerkt zu werden. [6]

Immer sei nach Ansicht des Amtes für die Sittenwidrigkeit entscheidend, ob "besondere Umstände" hinzutreten, die vorlägen, wenn aus dem Gesamtverhalten in Zusammenhang mit der Preisunterbietung hervorgehe, daß sie nicht der

Steigerung des eigenen Absatzes, sondern vielmehr dem Ziele diene, den Mitbewerber zu schädigen oder zu vernichten und damit Wettbewerb überhaupt zu beseitigen. Ein an sich wertneutrales Wettbewerbsmittel würde so verwendet werden, um ein dem Leistungswettbewerb nicht konformes Ziel zu erreichen. [7] Daß es auf die Würdigung der Gesamtumsätze ankomme, solle die kumulative Nebeneinanderstellung der Kriterien Beweggrund, Mittel und Zweck zeigen. [8] Dieselben Merkmale werteten auch das Ziel der Erlangung einer monopolartigen Stellung als Angriff gegen die Wettbewerbsordnung, so daß ein solches Verhalten ebenfalls nach den Gesamtumständen als sittenwidrig angesehen werden müsse. [9]

Im Hinblick darauf ist eine Änderung der Praxis des BKartA zu erkennen, soweit nach der betreffenden Regel eine Absicht der Marktverdrängung, -behinderung, oder Verschaffung einer monopolartigen Stellung nicht erforderlich ist, vielmehr die entsprechende Wirkung genügen soll. Dabei findet sich in keinem Eintragungsantrag nach "Kohleneinzelhandel" eine so weite Formulierung wie in diesem. [10] In "Flüssiggas-Großvertriebe" und "Baustoffhändler" genügt nach dem Wortlaut der Regeln die Wirkung der Marktverdrängung bzw. der Verschaffung der monopolartigen Stellung nur, wenn sie "bewußt in Kauf genommen wird". [11]

Diesen, den dolus eventualis ausdrückenden Zusatz regte die Beschlußabt. in "Baustoffhändler" an, weil sie anscheinend bei der ursprünglichen Fassung, die lediglich die objektive Wirkung genügen ließ, Bedenken hatte. [12]

Eine deutliche Abkehr von der Auffassung des BKartA in "Kohleneinzelhandel", wo die bloße Wirkung der genannten Kriterien der Zulässigkeit der betreffenden WR nicht entgegenstand, [13] ist im Beschluß "Tapetenhandel" zu erkennen. Das Amt wies darauf hin, daß die ursprüngliche Fassung der Regel, die in diesem Punkte der entsprechenden Regel des "Kohleneinzelhandels" nachgebildet war, nicht eingetragen werden konnte, weil die bloße Wirkung einer Behinderung oder Verdrängung von Mitbewerbern durch planmäßiges und rücksichtsloses Unterbieten nicht wettbewerbswidrig zu sein brauche. [14] Ob das bewußte Inkaufnehmen dieser Wirkung für die Eintragungsfähigkeit ausreiche, ließ das BKartA hier offen. Nachdem es aber bei der Eintragungsbegründung auf den Beschluß "Flüssiggas-Großvertriebe" ausdrücklich Bezug nahm, [15] kann nicht angenommen werden, daß das Amt in diesem Eintragungsbeschluß die Zulässigkeit der Regel verneint hätte, wenn ein den dolus eventaulis ausdrückender Zusatz beigefügt worden wäre.

Aus der Tatsache, daß in den betreffenden Regeln der Eintragungsanträge "Hefeindustrie","Baustoffhändler" und "Tapetenhandel" [16] zwar die besonderen Umstände, nämlich die Verdrängungs-, Vernichtungs-, oder Behinderungsabsicht, sowie die Absicht der Verschaffung einer monopolartigen Stellung genannt sind, aber der Hinweis fehlt, "sofern dieses Vorgehen nach Beweggrund, Mittel und Zweck als sittenwidrig angesehen werden muß", [17] schließt REIMERS, daß das

Vorliegen dieser "besonderen Umstände" keine Rolle mehr spielte, daß sich das BKartA vielmehr bewußt gewesen sei, den Bereich des nach dem UWG zweifelsfrei Unzulässigen zu verlassen. [18)]

Dies ist jedoch unzutreffend, wie sich aus den Eintragungsbegründungen ergibt: Ohne daß das Amt dies mit der gebotenen Deutlichkeit zum Ausdruck brachte, ging es in "Hefeindustrie" [19)] und "Baustoffhändler" [20)] nämlich davon aus, daß die Regel so zu verstehen sei, als seien diese "besonderen Umstände" stillschweigend in ihr enthalten. Die Absicht der Behinderungsmaßnahme wurde nur dann als vorliegend betrachtet, wenn das primäre Ziel des Vorgehens des Unternehmers die Beseitigung des Mitbewerbers sei, [21)] während bisher das Vorliegen dieser Absicht auch dann bejaht wurde, wenn der eigene Wettbewerb gefördert werden sollte, das Verhalten somit nicht unlauter sei. [22)] Mit dieser Auslegung befand sich das Amt aber in Einklang mit der bisherigen Eintragungspraxis.

Diese wurde auch in "Tapetenhandel" weitergeführt. Allerdings verlangte hier das BKartA wieder wie in früheren Beschlüssen, daß die "besonderen Umstände", unter denen die Preisunterbietung mit den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs nicht zu vereinbaren seien, im Wortlaut der Regel zum Ausdruck kommen müßten. [23)]

bb) Landeskartellbehörden

Die LKartBn hatten in vier Fällen über WRn zu entscheiden, die die planmäßige und gezielte Preisunterbietung zum Gegenstand haben. [24)]

Der Wortlaut der Regel des Landesverbandes im Bund Deutscher Fliesengeschäfte ist der entsprechenden Regel des "Kohleneinzelhandels" entnommen, [25)] während in "Niedersächsische Brauereien" und "Brauerei-Regeln Baden-Württemberg" in Abweichung hiervon nur die Absicht der Behinderung bzw. der Erlangung einer monopolistischen Stellung, ohne auf die Wirkung abzustellen, als wettbewerbsfremdes Verhalten in der WR bezeichnet wurde.

Eine Ausnahme bildet der Wortlaut der Regel der "Nordrheinischen Kraftfahrlehrer", [26)] ohne daß eine sachliche Abweichung von den übrigen Anträgen festzustellen ist.

Die LKartBn haben diese Regeln ohne nähere Begründung ausnahmslos genehmigt.

Zusammenfassung

Das BKartA genehmigte alle Eintragungsanträge, die die sittenwidrige Preisunterbietung zum Inhalt einer WR machten.

Dabei ging es davon aus, daß eine Preisunterbietung zu den zulässigen Mitteln eines freien Wettbewerbs gehöre und deshalb für sich allein nicht wettbewerbsfremd sein könne. Dies gelte auch, wenn es sich um ein "planmäßiges" oder "rücksichtsloses" Unterbieten handele, weil zum einen sich jede kaufmännische Tätigkeit planmäßig gestalte und zum anderen auch eine wettbewerbseigene Preisunterbietung fühlbar sein müsse, um vom Konsumenten honoriert zu werden. Die Preisunterbietung werde nach Ansicht des Amtes aber sittenwidrig, wenn "besondere Umstände", hinzukämen, die vorlägen, wenn aus dem Gesamtverhalten des Unternehmers hervorgehe, daß die Unterbietung nicht der Steigerung des eigenen Absatzes, sondern vielmehr dem Zweck diene, den Mitbewerber zu schädigen oder zu vernichten und somit Wettbewerb überhaupt zu beseitigen.

Mit dieser Zielsetzung sah das Amt auch das Verschaffen einer Monopolstellung als Verstoß gegen die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs an.

Das BKartA hatte zwar im ersten Eintragungsbeschluß die objektive Wirkung dieser, die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände für die Eintragungsfähigkeit der Regel genügen lassen. In der Folgezeit wurden aber WRn dieses Inhalts für unzulässig angesehen, es wurde verlangt, daß diese Wirkung zumindest bewußt in Kauf genommen werde.

Die LKartBn schlossen sich der Auffassung des BKartA an, soweit sie überhaupt die in allen Fällen vorgenommene Eintragung begründeten.

Anhang: Fußnoten zu Teil III, 1. Kapitel, d)

1) "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 97 (Regel § 3 Nr. 2)
"Flüssiggas-Großvertriebe", WuW/E BKartA 874 (Regel § 2 Nr. 1 a)
"Schälmühlen", WuW/E BKartA 903 (Regel III Nr. 2)
"Büromaschinen", WuW/E BKartA 1091 (Regel § 3 Nr. 2)
"Lackindustrie", WuW/E BKartA 1118 (Regel 7 b)
"Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1166 (Regel § 3 Nr. 1)
"Baustoffhändler", WuW/E BKartA 1213 (Regel § 5 b)
"Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1329 (Regel § 3 Nr. 3)

2) a. a. O.

3) das sind die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs und die der Preisklarheit und -wahrheit.

4) WuW/E BKartA 100; TB 1959, S. 51

5) "Flüssiggas-Großvertriebe", WuW/E BKartA 876

6) "Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1345

7) "Flüssiggas-Großvertriebe", WuW/E BKartA 876 unter Hinweis auf RGZ 134, 342, 354; Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., Band I, Anm. 222 zu § 1 UWG; "Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1345; zur Stellung des "Leistungswettbewerbs" in diesen Beschlüssen s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. (27), 30; "Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1168.

8) "Flüssiggas-Großvertriebe", a. a. O. Der antragstellende Verband hat die ursprüngliche Fassung der Regel, wonach diese Kriterien alternativ nebeneinandergestellt wurden, geändert. Ob er dies auf Anregung des BKartA tat, geht aus den Eintragungsgründen nicht hervor.

9) Auf diese Variante der Regel ist das Amt nur eingegangen in "Flüssiggas-Großvertriebe", a. a. O. Im Wortlaut der WRn in "Schälmühlen", "Hefeindustrie" und "Tapetenhandel" ist sie nicht vorhanden.
Während in allen anderen Regeln dieses Inhalts die Absicht der Verschaffung einer monopolistischen Stellung als Alternative zur Absicht der Marktverdrängung steht, ist nach dem Wortlaut der betreffenden Regel in "Baustoffhändler" (WuW/E BKartA 1213) neben der Verdrängungsabsicht zuzüglich auch diese Voraussetzung notwendig, um ein Verhalten zu kennzeichnen, das den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs nicht entspricht. Das BKartA hat dieser Tatsache keine Bedeutung beigemessen (WuW/E BKartA 1215). Dies mag sich daraus erklären, daß bei Zulässigkeit beider Varianten für sich erst recht ihre Kumulation eintragungsfähig sein muß.

10) s. o. Teil III, 1. Kapitel, d), aa) S. 91
Die erste Fassung der betreffenden Regel der "Büromaschinen" mit diesem Inhalt hat der Verband aufgegeben. Aus der Eintragungsbegründung ergibt sich jedoch nicht zwingend, daß dies auf Veranlassung des BKartA geschah, wie REIMERS (S. 99) annimmt; vgl. WuW/E BKartA 1096.

11) s. FN 1
12) dies ergibt sich nicht unmittelbar aus den Eintragungsgründen, sondern daraus, daß das Amt im Vorwort darauf hinwies, daß auf Grund seiner Beanstandungen und Anregungen die Regeln vom Verband geändert wurden; vgl. auch den ursprünglichen Antrag (WuW 67, 581).
13) s. o. Teil III, 1. Kapitel, d), aa) S. 91
14) WuW/E BKartA 1345
15) a. a. O.
16) s. FN 1
17) so die übrigen Anträge, vgl. z. B. "Kohleneinzelhandel", s. o. Teil III, 1. Kapitel, d), aa) S. 91
18) REIMERS S. 100 bezüglich "Hefeindustrie" und "Baustoffhändler".
19) WuW/E BKartA 1168
20) WuW/E BKartA 1215
21) Daß sich das Amt dieser Argumentation bediente, zeigt besonders die jeweilige Bezugnahme auf Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., Band I, Anm. 222 zu § 1 UWG. Daraus ergibt sich, daß auch in "Hefeindustrie" ein "planmäßiges" Verhalten Voraussetzung ist, obwohl auf das Tatbestandsmerkmal "planmäßig" bei dieser Regel verzichtet wurde, WuW/E BKartA 1166; s. auch oben FN 7.
22) s. o. Teil III, 1. Kapitel, d), aa) S. 91 f.
23) aus diesem Grunde mußte das Tatbestandsmerkmal "in unlauterer Weise" vor die Absicht der Unterbietung, Behinderung und Verdrängung gestellt werden, vgl. WuW/E BKartA 1345
24) "Fliesenregeln", WuW/E LKartB 64 (Regel § 3 Nr. 3)
"Niedersächsische Brauereien", WuW/E LKartB 78 (Regel § 3 Nr. 4)
"Nordrheinische Kraftfahrlehrer", WuW/E LKartB 94 (Regel Art. III Nr. 1)
"Brauerei-Regeln Baden-Württemberg", WuW/E LKartB 138 (Regel § 3 Nr. 3)
25) s. o. Teil III, 1. Kapitel, d), aa) S. 91, es genügte also die bloße objektive Wirkung, die Mitbewerber vom Markt zu verdrängen, bzw. die Erlangung einer monopolartigen Stellung.
26) a. a. O.:

> "Der Fahrlehrer hat es zu unterlassen, die Angebote von Mitbewerbern sittenwidrig zu unterbieten, d. h. wenn dieses Vorgehen nach Beweggrund, Mittel und Zweck Mitbewerber mehr schädigt, als dieses nach Gesetz und Rechtsprechung zulässig ist."

e) Verbot des Angebots und des Verkaufs unter Selbstkosten

aa) Bundeskartellamt

In neun der behandelten Eintragungsanträgen [1] finden sich WRn, die das Angebot bzw. den Verkauf unter Selbstkosten als unzulässig kennzeichnen.

aaa) erste Gruppe:

Die Regel 3 Nr. 1 des "Kohleneinzelhandels" lautet: [2]

> "Es widerspricht ... den in den §§ 1 und 2 festgelegten Grundsätzen: [3]
> Planmäßig Brennstoffe unter Selbstkosten anzubieten oder zu verkaufen, wenn diese Preisgestaltung nach Beweggrund, Mittel und Zweck als sittenwidrig angesehen werden muß und dadurch gesunde kaufmännische Grundsätze mißachtet werden."

Die betreffenden Regeln in "Schälmühlen", "Büromaschinen", "Lackindustrie" und "Versandhandel" weisen einen ähnlichen Wortlaut auf. [4]

Das Amt begründete die Eintragung dieser Regeln mit denselben Argumenten, die es auch für die Zulässigkeit von WRn, die ein Verbot der Preisunterbietung zum Gegenstand haben, gebrauchte. [5] Insbesondere sei auch der Verkauf unter Selbstkosten für sich allein noch nicht wettbewerbsfremd. Ein Verstoß gegen die guten kaufmännischen Sitten liege aber vor, wenn "besondere Umstände" hinzuträten, wenn also die Voraussetzungen einer wettbewerbswidrigen Preisschleuderei erfüllt seien. In diesem Falle liege eine nach Anlaß, Mittel und Zweck unzulässige Wettbewerbshandlung vor. [6]

Keine Bedeutung schenkte das BKartA der Tatsache, daß nach dem Wortlaut der Regeln in "Schälmühlen", "Büromaschinen" und "Versandhandel" ein "planmäßiges" Vorgehen nicht verlangt wird. Daß das BKartA hier keine Änderung der WR in diesem Sinne verlangte, könnte darauf beruhen, daß seiner Ansicht nach Voraussetzung für die Sittenwidrigkeit des Verkaufs unter Selbstkosten wie auch für die Preisunterbietung sei, daß der Unternehmer eine bestimmte Wettbewerbsfremde Zielrichtung, nämlich eine ruinöse Unterbietung zur Beseitigung des Mitbewerbers verfolge. [7] Hierfür ist aber ein planmäßiges Vorgehen immer erforderlich, weil dieses Ziel durch nur gelegentliche Preisunterbietungen nicht erreicht werden kann, so daß in diesem Falle eine Sittenwidrigkeit grundsätzlich nicht vorliegt. [8] Von diesem Standpunkt aus ist das Tatbestandsmerkmal "planmäßig" also überflüssig. [9]

Weiterhin spielte es keine Rolle, daß nach dem Wortlaut der WRn in "Büromaschinen" [10] und "Versandhandel" [11] das Anbieten bzw. der Verkauf unter Selbstkosten "unter Mißachtung gesunder kaufmännischer Grundsätze" erfolgen muß und das Verhalten dann unlauter ist, wenn es nach den besonderen Umständen des Falles sittenwidrig ist, während in den betreffenden Regeln der übrigen Eintragungsanträge ähnlichen Inhalts [12] die Mißachtung dieser Grundsätze als Folge der sittenwidrigen Verhaltensweise gekennzeichnet ist. [13] Das BKartA dürfte dieser Aussage als rein deklaratorischem Zusatz keine Bedeutung geschenkt haben. Wenn die Sittenwidrigkeit des Vorgehens sozusagen "uno actu" die Mißachtung gesunder kaufmännischer Prinzipien zur Folge hat, kann auch davon gesprochen werden, daß das sittenwidrige Verhalten selbst die Mißachtung dieser Grundsätze darstellt, ohne daß eine sachliche Differenzierung festzustellen ist.

bbb) zweite Gruppe:

Den übrigen Eintragungsanträgen [14] ist gemeinsam, daß sie die Sittenwidrigkeit des Verhaltens umschreiben, ohne den Ausdruck "sittenwidrig" in die betreffende WR aufzunehmen. Danach sind es zwei kumulative Merkmale, die nach dem Wortlaut der Regel den Verkauf unter Selbstkosten als unzulässig bezeichnen, nämlich

a) der Verkauf unter Selbstkosten geschieht unter bewußter Mißachtung einer wirtschaftlichen und verantwortungsbewußten Unternehmensführung und
b) er erfolgt ohne sachlich gerechtfertigten Grund. [15]

Noch weiter ist die betreffende Regel in "Hefeindustrie" gefaßt, wenn als Beweiszeichen für das Vorliegen eines Verdrängungs- und Vernichtungswettbewerbs neben dem Fehlen eines sachlich gerechtfertigten Grundes genügt, daß gleichzeitig objektiv erheblich unter dem Preis der Mitanbieter verkauft wird. [16] Demgegenüber findet sich in "Tapetenhandel" wiederum eine engere Formulierung, wenn neben der Mißachtung der wirtschaftlichen und verantwortlichen Unternehmensführung die Behinderung von Wettbewerbern durch rücksichtslose Unterbietung hinzukommen muß, um den Verkauf unter Selbstkosten als unlauter zu kennzeichnen. [17]

Die Eintragungsbegründungen dieser WRn unterscheiden sich nur unwesentlich von den Regeln der ersten Gruppe. [18] Entscheidend für die Eintragungsfähigkeit war auch hier, daß der Unternehmer, der "um jeden Preis" anbietet, mit der Absicht, die Konkurrenten zu schädigen, sein Recht auf Wettbewerbsfreiheit mißbrauche. [19]

Ausgehend vom Wortlaut dieser WRn verwundert es nicht, daß Einwendungen gegen ihre Zulässigkeit erhoben wurden, weil in ihnen nicht klar zum Ausdruck komme, daß nur der sittenwidrige Verkauf unter Selbstkosten unlauter sei. [20] Das

BKartA wies diese Beanstandungen zurück, weil nach seiner Ansicht keine Fälle denkbar seien, in denen die Anwendung dieser WR zu einer Einschränkung des lauteren Wettbewerbs führen könnte.[21] Zumindest in ihrer Summierung stellten sich die Voraussetzungen der Regel als besonders verwerfliche Umstände dar, die Preisangebote unter Selbstkosten als sittenwidrig im Sinne der Rechtsprechung zu § 1 UWG erscheinen ließen.[22]

In "Bauindustrie" sah das Amt das Kriterium "unter bewußter Mißachtung der Grundsätze einer wirtschaftlichen und verantwortungsbewußten Unternehmensführung" zwar bezogen auf wirtschaftliche Grundsätze, jedoch könne unter Berücksichtigung der anderen Merkmale aus einem regelwidrigen Verhalten allgemein auch auf eine wettbewerbsrechtlich zu mißbilligende Absicht geschlossen werden, zumal als sachlich ungerechtfertigt im Wettbewerb Maßnahmen angesehen werden würden, die willkürlich, leichtfertig, oder mit verwerflicher Zielsetzung getroffen werden oder die gesetzlich mißbilligt seien.[23]

In "Baustoffhändler" und "Tapetenhandel"[24] war eine Anlehnung an eine Entscheidung des BGH gewollt. Danach liege eine bewußte Mißachtung dieser Grundsätze nur vor, wenn ein Preisangebot so niedrig bemessen sei, daß es auch bei voller Würdigung aller für die Unterbietung sprechenden Gründe, namentlich bei Berücksichtigung der gesamten Wettbewerbslage und bei Abwägung sämtlicher Vor- und Nachteile, die mit der Ausführung des betreffenden Auftrags für den Betrieb des Anbieters verbunden seien, jeder wirtschaftlichen Vernunft und jedem kaufmännischen Verantwortungsgefühl widerspreche, also ersichtlich durch eine negative, ruinöse Zielrichtung gegen den Wettbewerber ohne Nutzen für das Unternehmen des Anbieters bestimmt werde.[25] In diesen Eintragungsbeschlüssen brauchte das BKartA nicht näher zu begründen, daß dieser Begriff zur Umschreibung der Unlauterkeit geeignet sei, weil es durch den BGH so interpretiert wurde, wie das Amt selbst den sittenwidrigen Verkauf unter Selbstkosten verstand.[26]

Der Begriff der Selbstkosten

Wie beim Gebot der ordnungsgemäßen Kalkulation[27] wurden auch im Zusammenhang mit dem Verbot des Verkaufs unter Selbstkosten in einigen Eintragungsanträgen Richtlinien aufgestellt, die es dem Unternehmer erleichtern sollen, zu erkennen, was unter die Selbstkosten fällt.[28]

Soweit das BKartA, das die Regeln ausnahmslos genehmigte, seine Eintragung begründete, betonte es, daß der Unternehmer nicht gehindert sei, sich eines anderen, ihm genehmen Kalkulationsschemas zu bedienen[29] und mit diesem

Schema den Verdacht unlauteren Handelns zu entkräften.[30]
Eine nach speziellen betriebswirtschaftlichen Erkenntnissen formulierte Definition der Selbstkosten solle diese WR nicht darstellen, sie solle nur Anhaltspunkte geben und so die Anwendung des voranstehenden Verbotssatzes erleichtern.[31]

Auch hier wurde, wie in den Fällen, in denen diese Richtlinien in Zusammenhang mit Kalkulationsregeln auftauchen, nicht geprüft, ob die Zweckbestimmung von WRn gem. § 28 Abs. II GWB vorliege,[32] so daß auch hier angenommen werden darf, daß das Amt die Lauterkeitsbezogenheit dieser Regel als bloßer Hilfsfunktion bereits aus der Hauptregel, die den Verkauf unter Selbstkosten unter bestimmten Voraussetzungen untersagt, herleitete.[33]

bb) Landeskartellbehörden

In den Eintragungsbeschlüssen der LKartBn, die zu Regeln mit dem Inhalt des Unterselbstkostenverkaufs Stellung nahmen und deren Wortlaut sich ausnahmslos an die WR des "Kohleneinzelhandels" anlehnten,[34] ist die Stellungnahme der Behörde in "Fliesenregeln" erwähnenswert. Hier wurde eine Änderung der betreffenden WR verlangt, weil die ursprüngliche Fassung die Sittenwidrigkeit eines unter Selbstkosten abgegebenen Angebots aus der Mißachtung kaufmännischer Grundsätze folgerte.[35] Die LKartB wies darauf hin, daß die Frage, ob ein Verhalten kaufmännisch und wirtschaftlich richtig sei, die Frage wettbewerbsrechtlicher Zulässigkeit nicht berühre.[36] Sie befindet sich damit im Einklang mit der Entscheidungspraxis des BKartA, das zwar Regeln genehmigte, die den Verkauf unter Selbstkosten als unlauter kennzeichnen, wenn er "unter Mißachtung gesunder kaufmännischer Grundsätze" erfolge, aber im Gegensatz zu der ursprünglichen WR des Bundes Deutscher Fliesengeschäfte wurde in diesen Eintragungsbeschlüssen immer verlangt, daß das Verhalten nach den besonderen Umständen des Falles nach Beweggrund, Mittel und Zweck sittenwidrig sei.[37] Auch das BKartA hätte eine WR, die die Unzulässigkeit des Unterselbstkostenverkaufs alleine aus der Mißachtung kaufmännischer Grundsätze gefolgert hätte, nicht genehmigt.[38] Dies gilt auch für die WRn mit dem Wortlaut der 2. Gruppe, weil auch hier noch zusätzliche Kriterien verlangt wurden,[39] bzw. das sittenwidrige Verhalten in die Definition der "bewußten Mißachtung einer wirtschaftlichen und verantwortungsbewußten Unternehmensführung" mit einbezogen wurde.[40]

Auch die übrigen Eintragungsentscheidungen hielten sich im Rahmen der vom BKartA entwickelten Grundsätze. Soweit Anhaltspunkte für die Berechnung der Selbstkosten gegeben wurden,[41] wurde die Eintragung nicht begründet, so daß angenommen werden darf, daß die LKartBn auch insoweit der Praxis des BKartA folgten. Bemerkenswert ist, daß die LKartB in "Fliesenregeln" davon ausging,

daß diese Regel eine "Definition" des Begriffs der Selbstkosten bedeuten solle [42] und ihre Streichung verlangte. [43]

Zusammenfassung

Das BKartA genehmigte alle Eintragungsanträge bezüglich WRn, die unter besonderen Umständen den Verkauf unter Selbstkosten als unlauter bezeichneten. Dabei seien nach Auffassung der Behörde die "besonderen Umstände", wie auch bei der unlauteren Preisunterbietung gegeben, wenn eine nach Anlaß, Mittel und Zweck sittenwidrige Wettbewerbshandlung vorliege.

Dabei wurden auch Regeln als eintragungsfähig angesehen, die die Sittenwidrigkeit umschrieben, wobei das Amt der Ansicht war, daß die jeweils kumulativen Voraussetzungen in ihrer Summierung besonders verwerfliche Umstände darstellten.

In zwei späteren Eintragungsbeschlüssen sah das BKartA sich nicht wie früher veranlaßt, von dem Merkmal der Mißachtung der ökonomischen Grundsätze einer wirtschaftlichen und verantwortungsbewußten Unternehmensführung auf die wettbewerbsrechtlich zu mißbilligende Absicht zu schließen. Es faßte diesen Begriff vielmehr so auf, wie der BGH ihn interpretierte, nämlich, daß diese Grundsätze nur mißachtet werden würden, wenn die vom BKartA für die Sittenwidrigkeit des Verkaufs unter Selbstkosten aufgestellten Merkmale gegeben seien. Somit sei bei Mißachtung der Grundsätze einer wirtschaftlichen und verantwortungsbewußten Unternehmensführung nunmehr diese Absicht immer enthalten.

Soweit ein Begriff der Selbstkosten in den Eintragungsanträgen enthalten war, wurden auch diese WRn genehmigt. Das Amt maß ihnen aber nur Hilfsfunktionen zu, die keine Definitionen darstellen sollten und ihren Lauterkeitsbezug aus der Hauptregel herleiteten.

Die LKartBn schlossen sich in ihrer Eintragungspraxis dem BKartA an.

Anhang: Fußnoten zu Teil III, 1. Kapitel, e)

1) "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 97 (Regel § 3 Nr. 1)
"Bauindustrie", WuW/E BKartA 587 (Regel 4)
"Schälmühlen", WuW/E BKartA 903 (Regel III Nr. 1)
"Büromaschinen", WuW/E BKartA 1091 (Regel § 3 Nr. 1)
"Lackindustrie", WuW/E BKartA 1118 (Regel 7 a)
"Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1166 (Regel § 3 Nr. 2)
"Versandhandel", WuW 67, 492 (Regel 2 Nr. 2)
"Baustoffhändler", WuW/E BKartA 1213 (Regel 5 a)
"Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1329 (Regel § 3 Nr. 1)
2) a. a. O.
3) das sind die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs und die der Preisklarheit und -wahrheit.
4) jeweils a. a. O.
5) s. o. Teil III, 1. Kapitel, d), aa) S. 91 ff.
6) "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 100; TB 1959, S. 51; so auch die übrigen Eintragungsbeschlüsse: WuW/E BKartA 906, 1096, 1120. In "Versandhandel" trug das BKartA die Regel ohne Begründung ein. Lediglich im TB 1967, S. 74 findet sich ein Hinweis, daß der sittenwidrige Unterkostenverkauf in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung als unzulässig bezeichnet werde.
7) vgl. insbes. "Lackindustrie", WuW/E BKartA 1120. Das BKartA verwies hier auf "Flüssiggas-Großvertriebe", wo nur die sittenwidrige Preisunterbietung, nicht aber der Verkauf unter Selbstkosten Eingang in die WRn gefunden hat, WuW/E BKartA 874, s. auch oben Teil III, 1. Kapitel, d), aa) S. 91 ff., Teil III, 1. Kapitel, d) Anhang, FN 7, S. 95.
8) vgl. auch Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., Band I, Rdn. 223 zu § 1 UWG.
9) ist jedoch ein starkes Indiz, vgl. Baumbach-Hefermehl, a. a. O. Bemerkenswert ist aber, daß das Amt in "Kohleneinzelhandel" eine Änderung verlangte, die deutlich machte, daß das Anbieten bzw. der Verkauf unter Selbstkosten nicht nur fortgesetzt, sondern "planmäßig" erfolgen muß, vgl. WuW/E BKartA 97; WuW 59, 525. Bei den Regeln, die die Preisunterbietung behandelten, wurde nur in "Hefeindustrie" auf dieses Tatbestandsmerkmal verzichtet, vgl. WuW/E BKartA 1166.
10) WuW/E BKartA 1091
11) WuW 67, 492
12) vgl. Wortlaut der Regel 3 Nr. 1 des "Kohleneinzelhandels", s. o. Teil III, 1. Kapitel, e), aa) S. 97
13) s. auch REIMERS S. 101; BENISCH (DB 63, 955) und DÖRINKEL (WuW 60, 601) sind der Ansicht, daß diese Regel weniger als die gesetzlichen Verbote besagt.

14) "Bauindustrie", "Hefeindustrie", "Baustoffhändler" u. "Tapetenhandel"
15) "Bauindustrie" mit dem Zusatz: "in gemeinschädlicher Weise"; "Baustoffhändler"; s. jeweils FN 1.
16) s. FN 1; allerdings muß betont werden, daß es sich nach dem Wortlaut der Regel lediglich um ein Beweiszeichen handelt. Diese Vermutung, so sagte das Amt, sei "jederzeit widerlegbar". (Vgl. WuW/E BKartA 1168; TB 1967, S. 71)
17) s. FN 1
18) s. o. Teil III, 1. Kapitel, e), aa) S. 97 ff.
19) "Bauindustrie", WuW/E BKartA 593; "Bauindustrie II", WuW/E BKartA 816; "Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1168; "Baustoffhändler", WuW/E BKartA 1215 unter Hinweis auf WuW/E BGH 783 f., s. o. Teil III, 1. Kapitel, e), aa) S. 99
"Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1344 unter Hinweis auf WuW/E BGH 767, 784 f.
Die Formulierung der Regel in diesen Fällen ist nach Ansicht des Verbandes der deutschen Bauindustrie e. V. in Unternehmerkreisen eher verständlich als die Wendung: ... "sofern sie nach Beweggrund, Mittel und Zweck als sittenwidrig anzusehen sind", vgl. WuW/E BKartA 593.
20) vgl. "Bauindustrie", a. a. O., "Bauindustrie II", WuW/E BKartA 813 ff., "Hefeindustrie", a. a. O.
21) "Bauindustrie", a. a. O.; einschränkend "Tapetenhandel", a. a. O.: ein solcher Fall sei "kaum" denkbar; zum Sonderfall in "Hefeindustrie" s. FN 16.
22) "Bauindustrie", a. a. O., "Bauindustrie II", WuW/E BKartA 816, "Baustoffhändler", a. a. O., "Tapetenhandel", a. a. O.
23) a. a. O. unter Hinweis auf Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl. Anm. 159 zu § 1 UWG; BENISCH im Gemeinschaftskommentar, Anm. 48 zu § 26 GWB; WuW/E BGH 38.
24) jeweils a. a. O. Damit diese Anlehnung klar zum Ausdruck kommt, verlangte das Amt, daß der ursprünglichen Regel in "Tapetenhandel", die nur von "verantwortungsbewußter" Unternehmensführung sprach, das Attribut "wirtschaftliche" vorangesetzt wurde, weil der BGH seine Definition auf diesen zusammengesetzten Begriff aufbaute, s. FN 25.
25) WuW/E BGH 783 f.
26) s. o. Teil III, 1. Kapitel, e), aa) S. 97
27) s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 82 ff.
28) "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 97 (Regel § 3 Nr. 1, S. 2)
"Schälmühlen", WuW/E BKartA 903 (Regel III Nr. 1, S. 2)
"Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1166 (Regel § III Nr. 2, Abs. II)
"Versandhandel", WuW 67, 492 (Regel 2 Nr. 3)

29) "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 100 f.; "Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1168 f.
30) "Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1169
31) "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 101
32) s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 82 f.
33) wie dies auch im Zusammenhang mit Kalkulationsregeln der Fall war, s. o. Teil III, 1. Kapitel, c, Zusammenfassung S. 85; s. auch "Elektroleuchten", WuW/E BKartA 1525.
34) s. o. Teil III, 1. Kapitel, e), aa) S. 97
"Fliesenregeln", WuW/E LKartB 64 (Regel § 3 Nr. 1)
"Nordrheinische Kraftfahrlehrer", WuW 65, 687 (Regel Art. III Nr. 1 a. F.) WuW/E LKartB 95
"Brauerei-Regeln Baden-Württemberg", WuW/E LKartB 138 (Regel § 3 Nr. 2) WuW/E LKartB 140
In "Niedersächsische Brauereien", WuW/E LKartB 78 (Regel § 3 Nr. 3) wurde die Eintragung der Regel nicht näher begründet.
35) WuW 61, 404 (Regel § 4 Nr. 1 a. F.)
36) WuW/E LKartB 67
37) s. o. Teil III, 1. Kapitel, e), aa) S. 98
38) s. o. Teil III, 1. Kapitel, e), aa) S. 97 f.
39) s. o. Teil III, 1. Kapitel, e), aa) S. 98 ff.
40) s. o. Teil III, 1. Kapitel, e), aa) S. 99
41) "Niedersächsische Brauereien", WuW/E LKartB 78; "Brauerei-Regeln Baden-Württemberg", WuW/E LKartB 138
42) im Gegensatz zur Auffassung des BKartA, s. o. Teil III, 1. Kapitel, e), aa) S. 99 f.
43) WuW/E LKartB 68

f) Die Empfehlung bzw. Verpflichtung, Preislisten zu führen

Bundeskartellamt

In drei Eintragungsanträgen [1] wurde in einer WR eine Empfehlung bzw. Verpflichtung zur Führung von Preislisten ausgesprochen. Dabei ist der einzige Fall, in dem die Regel eine "Muß"-Vorschrift darstellt, [2] unproblematisch, weil sich diese Verpflichtung, so führte das BKartA aus, nach dem Wortlaut der Regel aus einer gesetzlichen Vorschrift, nämlich der PreisauszeichnungsVO ergebe. Ein Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften sei aber wettbewerbsfremd und könne nicht den Schutz des GWB in Anspruch nehmen. [3]

Das Amt wies aber bereits in diesem ersten Eintragungsbeschluß darauf hin, daß gegen eine vertragliche Preislistenführungspflicht, soweit sie nicht im Einzelfall durch besondere Umstände gerechtfertigt sei, grundsätzlich kartellrechtliche Bedenken bestünden. Denn durch die Einführung einer Preisliste könne § 1 GWB schon erfüllt sein, weil sich dadurch ein Übergang zu einer allgemeinen Preisstellung vollziehe, in dem zugleich vielfach die Erschwerung einer individuellen Preisbildung oder der Verzicht auf sie liege. [4] Diese Aussage wiederholte das Amt im Tätigkeitsbericht 1959, wobei es ergänzend die Auffassung vertrat, daß sich die Preislistenführungspflicht nicht allgemein aus den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs, auch nicht aus dem Grundsatz der Preiswahrheit und -klarheit rechtfertigen lasse. Außerdem führte es die "besonderen Umstände" auf, unter denen eine derartige Verpflichtung zulässig sei: Danach müsse die Führung von Preislisten in einer Branche bereits aus kaufmännisch-technischen oder betriebsorganisatorischen Gründen notwendig und zugleich nachweislich üblich sein. [5]

Diese Auffassung vertrat das Amt auch in den übrigen Eintragungsbeschlüssen. Die Eintragungsfähigkeit einer solchen Regel, so führte es in "ZuK" aus, ergebe sich daraus, daß WRn nicht nur gesetzeswidrige Wettbewerbstatbestände regeln, sondern bereits vorbeugend die einzelnen Wettbewerbsmethoden innewohnende Tendenz zur Unlauterkeit bekämpfen und hierdurch die Voraussetzungen für einen lauteren Wettbewerb schaffen könnten. [6] Das BKartA betonte aber, daß die Branchenüblichkeit oder die durch die Preislistenführung möglicherweise erzielte Markttransparenz alleine für die Zulässigkeit einer solchen Regel nicht genüge, vielmehr seien die besonderen Marktverhältnisse, sowie Zweck, Handhabung und Auswirkung der WRn zu berücksichtigen. [7]

Im Bereich der Ziehereien und Kaltwalzwerke seien die besonderen Verhältnisse gegeben, die die Eintragung der WR rechtfertigen: Wegen der Vielzahl und technischen Differenziertheit der angebotenen Erzeugnisse für die Hersteller und die

übrigen Marktbeteiligten seien Preislisten unentbehrlich.[8] Eine zumindest mittelbare Verstärkung dieses faktischen Preislistenzwangs sei dadurch gegeben, daß für die mehrstufigen Unternehmen der Ziehereien und Kaltwalzwerke [9] teilweise das GWB und teilweise der Montan-Vertrag gelte, soweit die Unternehmensgruppe in der Stahlproduktion tätig sei und daß nach Art. 60 dieses Vertrags die Verwendung und Veröffentlichung von Preislisten zwingend vorgeschrieben sei.[10]

Das BKartA machte aber deutlich, daß es der Eintragung nur unter dem Vorbehalt zustimmen könne, daß der Grundsatz der freien und selbstverantwortlichen Preisbildung in vollem Umfange gewahrt und von den Beteiligten auch praktiziert werde.[11]

In "Schälmühlen" wies das BKartA darauf hin, daß die ursprüngliche Fassung einer Regel, die ebenso wie die betreffende WR in "ZuK", eine Empfehlung, Preislisten zu führen aussprach,[12] nicht eingetragen werden konnte, weil weder gesetzliche Vorschriften, noch besondere Verhältnisse im Bereich der Schälmühlenindustrie eine Verpflichtung zur Führung von Preislisten rechtfertigten.[13] Diese Äußerung ist - für sich betrachtet - mißverständlich: Sie läßt eine Auslegung in dem Sinne zu, daß trotz gesetzlicher Vorschriften und trotz besonderer Verhältnisse in dieser Branche eine Preislistenführungspflicht nicht Inhalt von WRn sein dürfe. Dies würde bedeuten, daß das Amt seine bisherige Praxis geändert hätte. In diesem Falle hätte es sich aber bei der Eintragungsbegründung kaum mit einem Satz begnügt. Vor allem wenn man sich vergegenwärtigt, daß eine gesetzliche Vorschrift, die zur Führung solcher Listen verpflichtet, nicht vorliegt,[14] bleibt nur die Auslegung, daß das BKartA in diesem Falle davon ausging, daß weder eine gesetzliche Vorschrift noch besondere Verhältnisse in der Schälmühlenindustrie vorlägen, so daß die Ausnahmetatbestände, die eine vertragliche Preislistenführungspflicht nach Ansicht des Amtes kartellrechtlich unbedenklich erscheinen ließen und bei deren Vorliegen die Regel auch eintragungsfähig sei,[15] hier nicht gegeben seien.

Die Ausführungen des BKartA in diesem Beschluß lassen erkennen, daß es keinen Unterschied in der Beurteilung machte, ob die WRn zwingend die Führung von Preislisten vorschreiben, oder ob es sich lediglich um eine Empfehlung handelt. Auch im letzteren Fall sei Voraussetzung für die Eintragungsfähigkeit der WR, daß die eben aufgeführten Ausnahmetatbestände vorliegen.

Der von PETER [16] in diesem Zusammenhang zitierte Brief des BKartA vom 19. 1. 1965,[17] in dem das Amt gegen einen Vertragsentwurf eines industriellen Verbandes, der eine Preislistenführungspflicht vorsah, keine Bedenken erhob, weil es die Preisautonomie gewahrt sah, hat nicht unbedingt eine Bedeutung für die Praxis des BKartA zu den WRn. Zwar wurde bei der kartellrechtlichen Beurteilung von der Auffassung in "Kohleneinzelhandel" abgewichen,[18] weil hier

keine besonderen Umstände oder gesetzliche Vorschriften verlangt wurden, damit § 1 GWB nicht verletzt werde. Bei der Zulässigkeit von WRn kam es aber ausschlaggebend auf den Zweck gem. § 28 Abs. II GWB (a. F.) an, nämlich unter welchen Voraussetzungen sich die Preislistenführungspflicht aus den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs ergebe.[19] Daraus folgt aber, daß ein Wandel in der kartellrechtlichen Beurteilung nicht heißen muß, daß das Amt die Voraussetzungen für die Zulässigkeit als WR nunmehr anders beurteilte.

Zusammenfassung

Bei WRn, die eine Empfehlung bzw. Verpflichtung zur Führung von Preislisten beinhalten, unterschied das BKartA folgendermaßen:
Ergibt sich diese Verpflichtung bereits aus dem Gesetz, so sei ein Verstoß dagegen wettbewerbsfremd und könne nicht den kartellrechtlichen Schutz des GWB in Anspruch nehmen. Es liege somit kein Verstoß gegen § 1 GWB vor.

Ergibt sich diese Verpflichtung nicht aus dem Gesetz, gelte folgendes:
Ein Verstoß gegen § 1 GWB liege nur dann nicht vor, wenn die Führung von Preislisten in einer Branche bereits aus kaufmännisch-technischen oder betriebsorganisatorischen Gründen notwendig und zugleich nachweislich üblich sei.

Im Hinblick auf § 28 Abs. II GWB (a. F.) ging das Amt davon aus, daß es allgemein anerkannt sei, daß WRn nicht nur gesetzwidrige Wettbewerbstatbestände regeln dürften, sondern bereits vorbeugend die einzelnen Wettbewerbsmethoden innewohnende "Tendenz zur Unlauterkeit" bekämpfen und hierdurch die Voraussetzungen für einen lauteren Wettbewerb schaffen dürften. Dabei seien die besonderen Marktverhältnisse, sowie Zweck, Handhabung und Auswirkung der Regel zu berücksichtigen. Keinesfalls genüge die Branchenüblichkeit oder die durch die Preislistenführung möglicherweise erzielte Markttransparenz allein für die Zulässigkeit einer solchen Regel.

Immer sei aber erforderlich, daß der Grundsatz der freien und selbstverantwortlichen Preisbildung in vollem Umfange gewahrt bleibe. Mit diesem Vorbehalt hatte das Amt auch nichts einzuwenden gegen die Empfehlung allgemeiner Verwendung vollständiger Preislisten in Verbindung mit allg. Geschäftsbedingungen in der WR.

Das BKartA machte bei der Aufstellung dieser Kriterien keinen Unterschied, ob es sich um eine Verpflichtung oder nur um eine Empfehlung handelte, Preislisten zu führen.

Die LKartBn hatten über WRn dieses Inhalts nicht zu entscheiden.

Anhang: Fußnoten zu Teil III, 1. Kapitel, f)

1) "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 97 (Regel § 2 Abs. II)
"ZuK", WuW/E BKartA 312 (Regel 3 Nr. 2)
"Schälmühlen", WuW 61, 854 (Regel 2 Nr. 1, a. F.)
2) "Kohleneinzelhandel", a. a. O.
3) WuW/E BKartA 100, 98
4) a. a. O. Aus diesem Grunde verlangte das Amt eine Änderung der Regel, die deutlich machte, daß die Preislistenführungspflicht auf einer gesetzlichen Verpflichtung beruht.
5) TB 1959, S. 51
6) WuW/E BKartA 308; TB 1960, S. 58. In "Kohleneinzelhandel" tauchte dieses Problem für das BKartA nicht auf, weil sich dort die Preislistenführungspflicht bereits aus der PreisauszeichnungsVO ergibt. S. auch oben Teil II, 2. Kapitel, a) S. 46 f.
In diesem Beschluß setzte das Amt den Begriff "Leistungswettbewerb" mit dem des "lauteren Wettbewerbs" gleich, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 16 f.
7) a. a. O., TB a. a. O.
8) WuW/E BKartA 308; nachdem somit die Voraussetzungen vorlagen, unter denen eine vertragliche Preislistenführungspflicht kartellrechtlich zulässig sei, begegne auch einer Empfehlung keine Bedenken, a. a. O.
9) die Ziehereien und Kaltwalzwerke stellen die erste, auf die Stahlerzeugung folgende Verarbeitungsstufe dar. Die mehrstufigen, vertikal integrierten Großunternehmen spielen auf ihrem Markt eine bedeutende Rolle, WuW/E BKartA 308.
10) a. a. O.
11) WuW/E BKartA 308 f.; TB 1960, S. 58. Nur mit diesem Vorbehalt stimmte das Amt auch der in Regel Ziff. 3 Abs. II empfohlenen allgemeinen Verwendung vollständiger Preislisten in Verbindung mit allgemeinen Geschäftsbedingungen zu. In dieser Empfehlung sah es eine praktische notwendige Voraussetzung für die Ausschaltung unzulässiger Preisdiskriminierungen und -differenzierungen, WuW/E BKartA 309.
12) WuW 61, 854 (Regel II Nr. 1, a. F.). Das Amt wies bereits in "ZuK" darauf hin, daß es sich nicht nur, wie der Wortlaut vermuten lassen könnte, um eine Feststellung handelt ("Preislisten ... sind ein geeignetes Mittel, um einen den Grundsätzen der Preisklarheit und -wahrheit entsprechenden Wettbewerb zu fördern"), sondern um eine wertende Aussage und eine Empfehlung (WuW/E BKartA 307).
13) WuW/E BKartA 906; der Verband verzichtete auf die Eintragung dieser WR.
14) die PreisauszeichnungsVO kommt nicht zum Zuge, weil sie nur den Einzelhandel erfaßt.

15) s. o. Teil III, 1. Kapitel, f) S. 105 f.
16) PETER S. 46 f.
17) WuW/E BKartA 908 f.
18) s. o. Teil III, 1. Kapitel, f) S. 105
19) s. auch oben Teil II, 2. Kapitel, Zusammenfassung S. 53 ff.

g) Der Grundsatz der Preiswahrheit und -klarheit

aa) Bundeskartellamt

In zehn der behandelten Eintragungsanträgen haben die antragstellenden Verbünde in einer WR zum Ausdruck gebracht, daß für die Preisgestaltung der Grundsatz der Preiswahrheit und -klarheit zu beachten ist, bzw. beachtet werden soll. [1] So lautet beispielsweise die Regel 3 Nr. 1 der "ZuK":

> "Die Preisgestaltung soll dem Grundsatz der Preisklarheit und Preiswahrheit entsprechen." [2]

Das BKartA hatte keinen Zweifel an der Eintragungsfähigkeit dieser WRn. Soweit die Eintragungen begründet wurden, stellte das Amt fest, daß es sich hier um einen wettbewerbsrechtlich anerkannten Grundsatz handele, [3] der ein Ausdruck der das ganze Wettbewerbsrecht beherrschenden Wahrheitspflicht sei [4] und, da er weiter gehe als § 3 UWG, aus § 1 UWG herzuleiten sei. [5]

Schwierigkeiten bereitete aber das Wort "Preisgestaltung". Obwohl das BKartA keine Bedenken äußerte, vielmehr klarstellte, daß es unter diesem Begriff nicht die Preisbildung, sondern das Verhalten des Wettbewerbers nach außen verstehe, [6] also die Gestaltung des Geschäftsverkehrs - soweit er die Preise betrifft - im Verhältnis zu Mitbewerbern und Auftraggebern, [7] brachte man Einwendungen dagegen vor, weil befürchtet wurde, daß "Preisgestaltung" und "Preisbildung" gleichgestellt werden würden. [8] Aus diesen Erwägungen heraus haben die Verbände ab dem Eintragungsantrag "Büromaschinen" auf das Wort "Preisgestaltung" verzichtet und hierfür "Preisangaben" [9] bzw. "Angabe über Preise" [10] und "Warenangebot" [11] gesetzt.

bb) Landeskartellbehörden

Auch die Landeskartellbehörden hatten in sechs Eintragungsanträgen über WRn zu entscheiden, die für die Preisangebote den Grundsatz der Preiswahrheit und Preisklarheit statuieren. [12] Soweit die Eintragung der Regel begründet wurde, wurde nur generell darauf hingewiesen, daß es sich bei der Einhaltung dieses Grundsatzes um eine "allgemeine und somit auch das Wettbewerbsrecht beherrschende Pflicht" handele, [13] bzw. daß sich diese Pflicht aus §§ 3 und 1 UWG ergebe. [14]

Der Begriff "Preisgestaltung" wurde dabei nur in "Fliesenregeln" gebraucht, [15] wobei die Eintragung dieser Regel hier nicht begründet wurde. Ansonsten wählten

die Verbände die Worte "Verkaufspreise" [16] oder "Angaben über Preise, Preisbestandteile und Konditionen". [17]

Zusammenfassung

Das BKartA genehmigte alle WRn, die besagen, daß Preisangebote dem Grundsatz der Preisklarheit und -wahrheit entsprechen müssen oder sollen. Dabei stellte es fest, daß es sich hierbei um einen wettbewerbsrechtlich anerkannten Grundsatz handele, der sich da er weiter gehe als § 3 UWG, aus § 1 UWG herleiten lasse.

Das Amt hatte auch keine Bedenken gegen die Eintragung, wenn statt "Preisangebote" das Wort "Preisgestaltung" gewählt wurde, weil es unter diesem Begriff nicht die Preisbildung, sondern das Verhalten des Unternehmers nach außen verstand.

Die LKartBn schlossen sich der Auffassung des BKartA an.

Anhang: Fußnoten zu Teil III, 1. Kapitel, g)

1) "Muß"-Vorschrift:
"Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 97 (Regel § 2 Abs. I, S. 1)
"Bauindustrie", WuW/E BKartA 587 (Regel 2 Nr. 2)
"Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1166 (Regel § 2 Nr. 2, Abs. I)
"Versandhandel", WuW 67, 492 (Regel 2 Nr. 1, S. 1, 1. HS)
"Baustoffhändler", WuW 67, 581 (Regel § 4)
"Markenspirituosen", WuW 68, 348 (Regel § 1, 2. HS)
"Soll"-Vorschrift:
"ZuK", WuW/E BKartA 312 (Regel 3 Nr. 1)
"Schälmühlen", WuW/E BKartA 903 (Regel I Nr. 2, Abs. I)
"Büromaschinen", WuW/E BKartA 1091 (Regel § 2 Abs. I)
"Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1328 (Regel § 2 Nr. 4)
2) a. a. O.
3) "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 99; "ZuK", WuW/E BKartA 307; "Bauindustrie", WuW/E BKartA 590
4) "Schälmühlen", WuW/E BKartA 904
5) "Büromaschinen", WuW/E BKartA 1095 f.; "Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1344
6) "ZuK", WuW/E BKartA 307; "Bauindustrie", WuW/E BKartA 590; "Schälmühlen", WuW/E BKartA 904
7) "Bauindustrie", a. a. O. unter Hinweis auf "Fliesenregeln", WuW/E LKartB 63, 67
8) Einwendung der Deutschen Bundesbahn in "Bauindustrie". Der antragstellende Verband änderte die Regel nachträglich und verzichtete auf das Wort "Preisgestaltung", so daß der von der Bundesbahn eingelegte Einspruch insoweit als erledigt anzusehen war (s. "Bauindustrie II", WuW/E BKartA 814 f.).
9) "Büromaschinen", WuW/E BKartA 1091; "Baustoffhändler", WuW 67, 581; "Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1328
10) "Bauindustrie II", WuW/E BKartA 814. Hier wurden auch "Preisbestandteile" und "Konditionen" mit einbezogen.
"Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1166; "Markenspirituosen", WuW 68, 348
11) "Versandhandel", WuW 67, 492
12) "Muß"-Vorschrift:
"Fliesenregeln", WuW/E LKartB 64 (Regel § 2, 1. HS)
"Nordrheinische Kraftfahrlehrer", WuW/E LKartB 94 (Regel Art. II Abs. II)
"Fahrlehrer Hamburg", WuW/E LKartB 97 (Regel II Abs. I, S. 2)
"Kraftfahrlehrer Baden-Württemberg", WuW/E LKartB 107 (Regel II Abs. I, S. 3)

"Soll"-Vorschrift:
"Niedersächsische Brauereien", WuW/E LKartB 78 (Regel § 3 Nr. 1, S. 1)
"Brauerei-Regeln Baden-Württemberg", WuW/E LKartB 137 (Regel § 3 Nr. 1, S. 1)

13) "Kraftfahrlehrer Baden-Württemberg", WuW/E LKartB 107

14) "Brauerei-Regeln Baden-Württemberg", WuW/E LKartB 140

15) a. a. O.

16) "Niedersächsische Brauereien", a. a. O.; "Brauerei-Regeln Baden-Württemberg", WuW/E LKartB 137

17) "Nordrheinische Kraftfahrlehrer", a. a. O.; "Fahrlehrer Hamburg", a. a. O.; "Kraftfahrlehrer Baden-Württemberg", a. a. O. Bemerkenswert ist, daß die Behörde in "Nordrheinische Kraftfahrlehrer" eine Änderung der WR verlangte, weil ursprünglich von "Honorargestaltung" die Rede war (vgl. WuW/E LKartB 95, FN 2). Die LKartB wies darauf hin, daß die Änderung lediglich Mißverständnisse ausschließen sollte, die zu einer Einschränkung der Freiheit in der Preisbildung hätte führen können (WuW/E LKartB 95). Das bedeutet aber nicht, daß die Behörde der Regel mit dem Wort "Honorargestaltung" ablehnend gegenübergestanden wäre, wenn der Verband auf dieser Fassung beharrt hätte, so daß keine Abweichung zur Praxis des BKartA erkennbar ist.

2. KAPITEL
Diskriminierungsregeln

a) Abweichen von der Preisliste im Einzelfall

Bundeskartellamt

In drei behandelten Eintragungsanträgen [1] wurde die Genehmigung einer WR folgenden Inhalts begehrt:

> "Es widerspricht den in §§ 1 und 2 festgelegten Grundsätzen: [2]
>
> a) Abnehmer unterschiedlich zu behandeln, indem Letztverbrauchern in Abweichung von der Preisliste Sonderpreise oder Preisnachlässe gewährt werden, sofern diese nach dem Rabattgesetz nicht erlaubt sind;
>
> b) Abnehmer unterschiedlich zu behandeln, indem von der Preisliste abweichende Preise oder Verkaufsbedingungen angeboten oder gewährt werden, wenn und soweit nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles hiermit eine bewußte Täuschung von Abnehmern verbunden ist;
>
> c) Abnehmer unterschiedlich zu behandeln, indem von der Preisliste abweichende Preise oder Verkaufsbedingungen angeboten oder gewährt werden, wenn und soweit dieses Geschäftsgebaren bezweckt, einem Unternehmer durch Ausnutzung eines nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles sittenwidrigen eigenen oder fremden Rechtsbruchs einen geschäftlichen Vorsprung gegenüber gesetzes- oder vertragstreuen Mitbewerbern zu verschaffen." [3]

Während die in a) aufgeführte Regel nach Ansicht des Amtes keine Schwierigkeit bereite, [4] wies es darauf hin, daß die wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit der in b) und c) erwähnten Diskriminierungen nur unter den besonderen Umständen des Einzelfalles bejaht werden könne. [5]

Ausgangsüberlegung war dabei, daß im Wirtschaftsleben grundsätzlich nicht das Gebot der Gleichbehandlung und somit auch nicht das Verbot willkürlichen Handelns gelte. Das Amt betonte, daß es keinen Grundsatz des lauteren Verhaltens im Wettbewerb gebe, der bei vergleichbaren Geschäften eine Gleichbehandlung gleichartiger Kunden verlange, oder daß im Geschäftsverkehr auf Grund der gleichen Leistung auch die gleiche Gegenleistung beansprucht werden könne. [6] Das

Gleichbehandlungsprinzip könne weder aus der Verfassung oder aus dem Grundsatz der guten Sitten hergeleitet werden, noch entspreche ein allgemeines Diskriminierungsverbot dem GWB. Dieses verbiete Diskriminierungen nur dort, wo ein besonderes und erhöhtes Schutzbedürfnis bestimmter Marktteilnehmer bestehe, das wiederum aus einer besonderen und erhöhten Gefahr mißbräuchlichen Einsatzes von Markt- oder Verbandsmacht erwachse. Ein solches Schutzbedürfnis könne grundsätzlich nur insoweit anerkannt werden, als der Staat es zulasse, daß faktisch oder rechtlich begründete Wettbewerbsbeschränkungen legal praktiziert werden, nicht aber in den wirtschaftlichen Bereichen, in denen die Wettbewerbsordnung die Freiheit des Wettbewerbs gewährleiste. [7)]

Mit diesen Grundsätzen, so führte das BKartA in "Kohleneinzelhandel" aus, stimmten die zur Eintragung angemeldeten WRn, die gewisse Diskriminierungen verbieten, überein, wobei es deren rechtliche Grundlage, soweit diese sich nicht schon aus dem RabattG ergebe, aus §§ 1 und 3 UWG entnahm. [8)]

In den übrigen Eintragungsbeschlüssen erwähnte das Amt lediglich, daß es sich bei den fraglichen WRn um "allgemeine Tatbestände unzulässiger Preisdiskriminierungen" handele, [9)] bzw. daß ein klarer Verstoß gegen § 1 UWG und die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs vorliege. [10)]

Skeptisch stand das BKartA der ursprünglichen Regel des "Kohleneinzelhandels" gegenüber, die eine Diskriminierung auch verbot, wenn Mitbewerber getäuscht werden. [11)] Der Fall, so führte es aus, daß eine differenzierende Behandlung von Abnehmern zugleich eine Täuschung der Mitbewerber bedeute, dürfte in der Praxis selten sein. Schon aus diesem Grunde eigne sich das Kriterium "Täuschung von Mitbewerbern" nicht für WRn, weil diese auf typische Wettbewerbsverstöße in der Praxis abgestellt werden sollten. [12)] Außerdem liege hier die Sittenwidrigkeit regelmäßig in der Ausnutzung fremden oder eigenen Rechtsbruchs zur Erlangung eines Wettbewerbsvorsprungs gegenüber gesetzes- oder vertragstreuen Mitbewerbern, [13)] also in einem Tatbestand, der ohnehin schon Eingang in die WRn des antragstellenden Verbandes gefunden habe. Nachdem der Bundesverband des Deutschen Kohleneinzelhandels der Ansicht des BKartA folgte und freiwillig auf den Zusatz "Täuschung von Mitbewerbern" verzichtete, [14)] konnte das Amt es bei diesen Äußerungen belassen, ohne darauf eingehen zu müssen, welche Rolle es der Eignung eines Tatbestandes als WR für deren Eintragungsfähigkeit zumißt.

Um irrtümlichen Auffassungen in Wirtschaftskreisen vorzubeugen, hielt das BKartA es für notwendig, in "ZuK" und "Schälmühlen" darauf hinzuweisen, daß ein Abweichen vom Listenpreis unter gleichzeitigem Verstoß gegen besondere vertragliche Meldepflichten nicht schlechthin den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufe. [15)] Dies folge daraus, daß die Sittenwidrigkeit nach den geltenden Grundsätzen voraussetze, daß eine den Wettbewerb regelnde Bestim-

mung verletzt werde und daß durch den Rechtsbruch ein unmittelbarer wettbewerblicher Vorsprung erlangt werde. Soweit nicht eine sittlich-rechtlich fundierte Norm verletzt werde, könne ein Gesetzesverstoß oder ein Vertragsbruch nur unter besonderen Umständen wettbewerbswidrig sein.[16]

In beiden Eintragungsbeschlüssen wurde offengelassen, welche Voraussetzungen nach Ansicht des Amtes vorliegen müßten, damit im Einzelfall eine Verletzung der vertraglichen Meldepflichten aus einer Vereinbarung der Beteiligten einen Verstoß gegen die Diskriminierungsregel darstellen würde.

Bemerkenswert ist die Meinung des BKartA im Vorwort des Tätigkeitsberichts 1965.[17] Es wies hier darauf hin, daß zwar durch WRn nicht jedes diskriminierende Verhalten ohne Rücksicht auf die Marktfolgen verboten werden dürfe. Eine Regel sei aber eintragungsfähig, wenn sie ein diskriminierendes Verhalten untersage, das außerhalb des Leistungswettbewerbs liege und geeignet sei, eine drohende wesentliche Beeinträchtigung der Wirksamkeit des Wettbewerbs auf dem Markt, für den das Verhalten untersagt werde, oder auf den Märkten der nachfolgenden Wirtschaftsstufen zu verhindern.[18]
Mit Recht weist REIMERS[19] darauf hin, daß diese Haltung des Amtes die Folge der im selben Tätigkeitsbericht vertretenen Auffassung ist, WRn müßten nicht lauterkeitsbezogen sein, es genüge, daß sie den Leistungswettbewerb förderten.[20] Nachdem das Amt in der Folgezeit diese Auslegung des § 28 Abs. II GWB (a. F.) nicht praktizierte,[21] spielt nun auch der Wandel in der Beurteilung von Diskriminierungsregeln in diesem Tätigkeitsbericht keine Rolle mehr.[22] Abzuwarten bleibt, ob die Behörde wegen der inzwischen vorgenommenen Neufassung des § 28 Abs. II GWB auf diese Haltung zurückkommt.

b) Andere Diskriminierungsregeln

Bundeskartellamt

Das BKartA hatte auch über die Zulässigkeit von WRn zu entscheiden, die Diskriminierungen von Vertragsparteien zum Gegenstand haben, ohne daß in der betreffenden Branche eine Preisliste geführt wird. Die Regel 6 der "Bauindustrie" lautet:[23]

> "Es dient einem lauteren Verhalten im Wettbewerb und der Verwirklichung des Leistungswettbewerbs auf dem Baumarkt, wenn ein Unternehmer in Fällen, in denen die Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A Anwendung findet, dazu beiträgt, daß die Regeln der VOB/A von allen Beteiligten auch tatsächlich eingehal-

ten werden, indem er den Auftraggeber in rechtlich zulässiger Weise auf Abweichungen von diesen Regeln aufmerksam macht, die geeignet sind, einzelnen Anbietern einen sachlich nicht gerechtfertigten Wettbewerbsvorsprung zu verschaffen."

Das BKartA führte zunächst aus, daß ein Verstoß gegen die VOB als wertneutrale Verfahrensregelung durch den Auftraggeber regelmäßig noch keinen wettbewerbsrechtlichen Tatbestand erfülle. Dieser liege erst vor, wenn und soweit dadurch die von dem Auftraggeber selbst geschaffene par conditio der Anbieter aufgehoben werde, indem die Wettbewerbsbedingungen einseitig und ungerechtfertigt zugunsten bestimmter Bewerber verändert werden würden.[24] Diese Folgerung zog das Amt aber wieder im Hinblick auf den Grundgedanken der VOB/A, die nach seiner Ansicht von einer Gleichstellung der Anbieter beim Wettbewerb um die ausgeschriebene Bauleistung ausgehe.[25]

Entscheidend für die Eintragungsfähigkeit dieser Regel waren aber die "besonderen wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse des Baumarktes",[26] mit denen das Amt im selben Beschluß auch die Zulässigkeit der Vorkalkulation als WR bejahte.[27] Hier wiederholte das BKartA, daß die VOB/A als Regelung, die die Gewähr für ein sachgemäßes Verfahren bei der Vergabe von Bauleistungen biete, zugleich eine wesentliche Voraussetzung für einen Leistungswettbewerb auf dem Baumarkt schaffe.[28] Interessant ist eine Einschränkung: Das Amt betonte, daß die regelwidrige Unterlassung des Hinweises an den Auftraggeber noch keine unlautere Wettbewerbshandlung sei.[29] Es wäre aber bedenklich, so sagte es, wenn die Beteiligten die Regel so anwendeten, daß sie faktisch allgemein auf ein eigenes, selbständiges Tätigwerden gegenüber dem Auftraggeber verzichteten. Eine mißbräuchliche Handhabung wäre es, wenn die Unternehmer verpflichtet werden würden, Verstöße gegen die VOB/A ausschließlich einer dritten Stelle, z.B. sog. VOB-Beratungsstellen zur weiteren Veranlassung zu melden, weil hier ein konkreter wettbewerbsrechtlicher Tatbestand zur Grundlage allgemeiner verbands- und wirtschaftspolitischer Maßnahmen gemacht werden würde.[30]

Bemerkenswert ist, daß das Amt in diesem Teil der Begründung trotz entgegenstehendem Wortlaut der Regel doch von einer Hinweis<u>pflicht</u> sprach. Das bedeutet, daß es damit rechnete, daß die Beteiligten die WR auch tatsächlich praktizierten, was einer faktischen Verpflichtung gleichkommt.

Das BKartA genehmigte also in diesem Eintragungsbeschluß eine mittelbare Diskriminierungsregel, die als sog. "Förderungsregel" ihre Grundlage weder aus §§ 1, 3 UWG, noch aus anderen gesetzlichen Bestimmungen herleiten kann. Das heißt jedoch nicht, daß es somit von der Auffassung abgewichen ist, ein allgemeines Diskriminierungsverbot könne nicht Inhalt von WRn sein.[31] Hier handelte es sich vielmehr um einen Sonderfall, der durch die besonderen Verhält-

nisse des Baumarkts und somit durch die Anwendung der VOB/A gekennzeichnet ist.

Die Einspruchsabt. des BKartA bestätigte die Eintragung dieser Regel mit denselben Begründungen wie im Erstbeschluß. Insbesondere betonte sie, daß keine Wettbewerbsbeschränkung vorliege, weil die Unternehmer nicht verpflichtet seien, im Sinne der Regel tätig zu werden, andererseits die Zweckbestimmung des § 28 Abs. II GWB vorhanden sei. [32)]

Eine Diskriminierungsregel, die in keinem Zusammenhang mit einer Preisliste steht, findet sich auch im Eintragungsantrag "Tapetenhandel". Danach dürfen Preisnachlässe nicht in unlauterer Weise durch willkürliche Abweichung von dem im Tapetenhandel bestehenden Handelsbrauch eine unterschiedliche Behandlung von Abnehmern bezwecken oder bewirken. [33)]

Das BKartA genehmigte diese Regel nicht. Zum einen, so führte es aus, müsse sie in Zusammenhang mit der Regel § 1 Abs. I des Hauptantrags [34)] gesehen werden. Diese war aber nach Ansicht des Amtes nicht eintragungsfähig, weil lediglich an einer "privaten Marktordnungsmaßnahme" festgehalten werden sollte, die als Grundlage das eigene, besondere Standesbewußtsein im Tapetenhandel habe und somit jeglichen Lauterkeitsbezug vermissen lasse. [35)] Zum anderen sei das Diskriminierungsverbot auch für sich genommen nicht eintragungsfähig: Das BKartA wies zunächst wie schon in früheren Beschlüssen [36)] darauf hin, daß ein allgemeines Diskriminierungsverbot nicht Inhalt einer WR sein könne, daß es sich vielmehr nur im Einzelfall beurteilen lasse, ob eine diskriminierende Preisgestaltung eine unlautere Wettbewerbshandlung darstelle. [37)] Das in der beantragten WR enthaltene Tatbestandsmerkmal "in unlauterer Weise" genüge nicht, um dies klar zum Ausdruck zu bringen. Der rechtsunkundige Laie würde vielmehr glauben, daß bereits die Abweichung vom Handelsbrauch schon unlauter sei, was der Antragsteller auch bezweckte. [38)] Eine von der Beschlußabteilung vorgeschlagene Änderung, die unterstrich, daß eine Diskriminierung nur unzulässig ist, wenn dieses Verhalten nach Beweggrund, Mittel und Zweck als sittenwidrig anzusehen ist, wurde vom Antragsteller abgelehnt. [39)]

Zusammenfassung

Das BKartA genehmigte WRn, die ein Diskriminierungsverbot zum Inhalt haben, wenn sich dieses Verbot seiner Ansicht nach bereits aus dem Gesetz ergebe, oder wenn sich die Unzulässigkeit der Diskriminierung aus den besonderen Umständen des Einzelfalles aus §§ 1, 3 UWG herleiten lasse, was in der Regel klar zum Ausdruck kommen müsse.

Ein allgemeines Diskriminierungsverbot sei nach Meinung des Amtes nicht eintragungsfähig, weil das Gleichbehandlungsprinzip kein Grundsatz des lauteren Wettbewerbs sei und auch dem GWB nicht entspreche.

Ein Abweichen vom vertraglichen Listenpreis unter gleichzeitigem Verstoß gegen vertragliche Meldepflichten bedeute für sich allein noch keine unzulässige Diskriminierung. Das Amt ließ ausdrücklich offen, unter welchen Voraussetzungen hier ein Verstoß gegen die Diskriminierungsregel denkbar sei.

Einen Sonderfall bildet die WR der "Bauindustrie". Eine Abweichung des Auftraggebers von den VOB/A soll diesem bekanntgemacht werden, damit ein sachlich nicht gerechtfertigter Vorsprung von Anbietern verhindert wird. Die Zulässigkeit dieser Regel ergebe sich nach Auffassung der Behörde aus den besonderen Verhältnissen auf dem Baumarkt, die in der VOB konkretisiert seien, wobei ein wettbewerblicher Tatbestand erst vorliege, wenn der Auftraggeber die von ihm selbst geschaffene par conditio der Anbieter aufhebe. Die Bekanntmachung dürfe jedoch nicht ausschließlich von dritten Stellen, z. B. VOB-Beratungsstellen vorgenommen werden.

Die LKartBn hatten über WRn dieses Inhalts nicht zu entscheiden.

Anhang: Fußnoten zu Teil III, 2. Kapitel

1) "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 97 (Regel § 3 Nr. 3)
"ZuK", WuW/E BKartA 312 (Regel 3 Nr. 3)
"Schälmühlen", WuW/E BKartA 903 (Regel II Nr. 1)
2) das sind die des lauteren Wettbewerbs und der Preiswahrheit und -klarheit, s. "Kohleneinzelhandel", a. a. O.
3) Regel § 3 Nr. 3 des "Kohleneinzelhandels", a. a. O. In den übrigen WRn dieses Inhalts findet sich keine relevante Abweichung. Die Variante a) war nur in "Kohleneinzelhandel" Gegenstand des Eintragungsantrages. Zum Vertragsbruch s. u. Teil III, 6. Kapitel, S. 160 ff.
4) Das BKartA ging auch hier davon aus, daß die Übernahme gesetzlicher Verbote ohne weiteres eintragungsfähig sei; s. auch TB 1959, S. 52
5) "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 101; "ZuK", WuW/E BKartA 309, TB 1960, S. 58
6) "Kohleneinzelhandel", a. a. O.; TB 1959, S. 51 f.
7) a. a. O.
8) WuW/E BKartA 101
9) "ZuK", WuW/E BKartA 309, wobei eine Änderung verlangt wurde, damit deutlich zum Ausdruck gebracht werde, daß es immer auf die "besonderen Umstände des Einzelfalles" ankomme (a. a. O.).
10) "Schälmühlen", WuW/E BKartA 906
11) WuW 59, 525 (Regel § 3 Nr. 3, a. F.)
12) TB 1959, S. 52; WuW/E BKartA 102
13) a. a. O.
14) vgl. WuW/E BKartA 102
15) WuW/E BKartA 309, 906
16) WuW/E BKartA 309 unter Hinweis auf WuW/E BGH 339 und Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl. Anm. 260 ff., 253, 259 zu § 1 UWG. Aus diesem Grunde verlangte das BKartA eine Änderung der ursprünglichen Regel, so daß nunmehr als Beispielsfall für die sittenwidrige Ausnutzung eigenen oder fremden Rechtsbruchs nicht mehr die "Ausnutzung der Verletzung der vertraglichen Meldepflichten", sondern die "Verletzung besonderer vertraglicher Pflichten" steht (vgl. WuW 60, 326 (Regel 3 Nr. 4 a. F.); WuW/E BKartA 312, 309, s. FN 1).
17) TB 1965, S. 13 ff.
18) TB 1965, S. 14
19) REIMERS S. 110 f.
20) s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 28 f.
21) s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 29
22) ähnlich wie hier REIMERS S. 111

23) WuW/E BKartA 587
24) WuW/E BKartA 595
25) a. a. O.
26) TB 1963, S. 54
27) s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 77 ff.
28) WuW/E BKartA 595; der Leistungswettbewerb gehöre aber zu den "Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs", s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 78
29) WuW/E BKartA a. a. O. Das Amt verlangte eine Änderung der Regel, bei der dies klar zum Ausdruck kommt: "Es dient einem lauteren Verhalten ..." (Hervorhebung vom Verf.) statt: "Es entspricht einem lauteren Verhalten", WuW/E BKartA a. a. O.
30) WuW/E BKartA 596
31) s. o. Teil III, 2. Kapitel, a) S. 114 f.
32) WuW/E BKartA 816 (Hervorhebung vom Verf.); unrichtig ist allerdings die Aussage, die Beschlußabt. habe bereits angenommen, daß die WR den Zweck verfolgt, einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten entgegenzuwirken (a. a. O.). Die Beschlußabt. nahm ausdrücklich an, daß es sich um eine "Förderungsregel" handele (WuW/E BKartA 595).
33) vgl. WuW/E BKartA 1329 (Regel § 4 Nr. 1, S. 1, 2. HS)
34) Wortlaut s. o. Teil II, 3. Kapitel, a) S. 62
35) a. a. O.
36) s. o. Teil III, 2. Kapitel, a) S. 114 f.
37) WuW/E BKartA 1340
38) WuW/E BKartA 1341
39) a. a. O.

3. KAPITEL
Das Gebot der Preislistenänderung bei allgemeinem Abweichen von der Preisliste

Bundeskartellamt

Eine Preislistenänderung bei allgemeinem Abweichen von der Preisliste wurde in einer WR in "ZuK" [1] und in "Schälmühlen" [2] verlangt:

> "Wenn eine Mühle von ihrer Preisliste allgemein abweicht, so entspricht es den Grundsätzen der Preisklarheit und Preiswahrheit, daß sie ihre Preislisten ändert." [3]

Durch diese Bestimmung, so führte das BKartA in "ZuK" aus, solle nicht ein weiterer Tatbestand der Preisdiskriminierung geregelt werden, sondern vielmehr ein wahrer Wettbewerb gefördert werden. [4] Sie führe auch nicht dazu, daß der Grundsatz der freien und selbstverantwortlichen Preisbildung berührt werde, d. h. der Unternehmer sei grundsätzlich nicht gehindert, im Einzelfall zu Gunsten eines Abnehmers vom Listenpreis abzuweichen. [5] In diesem Zusammenhang ließ das Amt erkennen, daß es in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BGH [6] das Abweichen von Listenpreisen nicht schlechthin als unlauter ansehe. [7] Auch teile es nicht die teilweise in der Wirtschaft vertretene Auffassung, Abweichungen von einem allgemein angekündigten Listenpreis verstießen jedenfalls gegen die Grundsätze des Leistungswettbewerbs, denn die Beschlußabt. ging hier von einer Übereinstimmung zwischen den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs und denen des Leistungswettbewerbs aus. [8] Außerdem, so betonte das BKartA, würde die Gegenmeinung die Einführung eines allgemeinen, vertraglichen Diskriminierungsverbotes bedeuten, das aber dem GWB nicht entspreche. [9] Aufgrund dieser Überlegungen, die zu dem Ergebnis kamen, daß eine vertragliche Bindung an Preislisten zur Wettbewerbsbeschränkung geeignet sei, verlangte das Amt eine Änderung der ursprünglichen Fassung der Regel, die eine Preislistenänderung verlangte, wenn von der Preisliste "ständig oder mit allgemeiner Auswirkung" abgewichen wird. [10]

Wenn jedoch ein Unternehmen nach Art und Umfang so weitgehend von seinen Preislisten abweiche, daß er sie praktisch aufgebe, erfordere der Grundsatz der Preisklarheit und -wahrheit, die Preislisten entsprechend zu ändern. [11] Dieses Merkmal sah das Amt als gegeben an, wenn der Anbieter "allgemein" von seinen Preislisten abweiche, wobei der Begriff "allgemein" im Gegensatz zu einer differenzierenden Preisbildung, die auf die besonderen Verhältnisse bestimmter Abnehmer oder Abnehmergruppen ausgerichtet sei, zu verstehen sei. Der Umsatzanteil

könne für ein "allgemeines" Abweichen alleine keinesfalls maßgebend sein, denn es sei z. B. denkbar, daß ein Unternehmen bei Erzeugnissen, die an seinem Gesamtumsatz nur mit 3 % beteiligt seien, allgemein von seinen Listenpreisen abweiche. Auf der anderen Seite würden Preisvergünstigungen, die regelmäßig einem bestimmten Abnehmer gewährt werden, auf den allein 15 % des Umsatzes eines Unternehmens entfielen, grundsätzlich noch kein allgemeines Abweichen von den Listenpreisen bedeuten, so daß die betreffende WR unanwendbar wäre. [12)]

Im Eintragungsbeschluß "Schälmühlen" wurden diese Überlegungen zusammengefaßt, indem das BKartA sagte, daß, wenn entgegen der Zweckbestimmung der Preislisten, die interessierten Kreise über die allgemeine Preisstellung des Unternehmers zu unterrichten, die Preislisten nicht mit der faktischen allgemeinen Preisstellung des Unternehmens in Einklang stünden, dies im allgemeinen gegen den Grundsatz der Preiswahrheit und Preisklarheit verstoße, weil die Marktbeteiligten in ihrer allgemeinen Erwartung getäuscht werden würden. [13)]

Zusammenfassung

Das BKartA genehmigte WRn, die bei einem allgemeinen Abweichen von der Preisliste eine Änderung dieser Preisliste verlangen.

Das Amt sah diese Regeln nicht als einen weiteren Tatbestand der Preisdiskriminierung, mit ihr solle vielmehr ein wahrer Wettbewerb gefördert werden. Dabei betrachtete es das Abweichen von Listenpreisen nicht schlechthin als unlauter. Wenn aber ein Unternehmen nach Art und Umfang so weitgehend von seinen Preislisten abweiche, daß es sie praktisch aufgebe, so erfordere der Grundsatz der Preisklarheit und Preiswahrheit, die Preislisten entsprechend ihrem Zweck, über die allgemeine Preisstellung des Unternehmers zu unterrichten, zu ändern.

Dieses Merkmal liege nach Ansicht des BKartA vor, wenn der Anbieter "allgemein", im Gegensatz zu einer differenzierenden Preisbildung, von der Preisliste abweiche.

Die LKartBn hatten über WRn dieses Inhalts nicht zu entscheiden.

Anhang: Fußnoten zu Teil III, 3. Kapitel

1) WuW/E BKartA 312 (Regel 3 Nr. 4)
2) WuW/E BKartA 903 (Regel II Nr. 2)
3) "Schälmühlen", a. a. O.
4) WuW/E BKartA 309
5) a. a. O.; TB 1960, S. 58
6) vgl. Urteil vom 18. 4. 1958, WuW/E BGH 227
7) WuW/E BKartA 309 f.
8) WuW/E BKartA 310; TB 1960, S. 58; s. hierzu oben Teil II, 1. Kapitel, a) S. 16 f.
9) WuW/E BKartA 310; TB a. a. O. unter Hinweis auf TB 1959, S. 51, s. o. Teil III, 2. Kapitel, a) S. 114 f.
10) WuW/E BKartA 310; WuW 60, 326 (Regel 3 Nr. 4, Abs. II, a. F.)
11) WuW/E BKartA 310
12) a. a. O.
13) WuW/E BKartA 906

4. KAPITEL
Wettbewerbsregeln, die die Werbung betreffen

1. Werbung, die auf Listenpreise Bezug nimmt

a) Bundeskartellamt

Die Regel § 7 des "Kfz-Handels" lautet:

> "Unlauter ist es, in Ankündigungen oder sonstigen Angeboten neuer Fahrzeuge darauf hinzuweisen, daß der Preis unter dem "Neupreis", "Listenpreis", oder einem anderen als üblich dargestellten Preis liegt." [1)]

Es handelt sich hier um eine der wenigen WRn, die das BKartA nicht genehmigte. Dementsprechend ausführlich begründete es die Ablehnung der Eintragung. Dabei kam es zu dem Ergebnis, daß nicht alle durch § 7 der Regeln als unlauter gekennzeichneten Formen der Werbung gegen die Vorschriften des UWG verstießen und daß die Regel auch weder aus den Vorschriften des RabattG noch unter dem Gesichtspunkt der "grauen Zone" eintragungsfähig sei.

Die Beschlußabt. wies zunächst darauf hin, daß der BGH, der überwiegende Teil der Rechtsprechung und ein Teil der Literatur, der Rechtsprechung des Reichsgerichts folgend, vergleichende Werbung als grundsätzlich unlauter i. S. d. UWG ansähen. Diese Ansicht beruhe auf der Vorstellung, daß durch einen Vergleich dieser Art die Grundlagen einseitig vom Konkurrenten beschafft werden und somit ein objektives Urteil des Konsumenten nicht ermögliche. Niemand dürfe aber "Richter in eigener Sache" sein. Außerdem brauchten sich Mitbewerber nicht zu gefallen lassen, daß sie in fremden Anpreisungen als Mittel zur Erhöhung der eigenen Leistungsfähigkeit des Anpreisenden verwendet werden (sog. "Hellegold-Motiv"). [2)]

Das BKartA stellte klar, daß es durch die Tatsache, daß die Rechtsprechung fast einhellig die Unlauterkeit einer Preisgegenüberstellung bejaht, nicht präjudiziert sei. Es habe vielmehr eigenständig zu entscheiden, wenn, wie hier, Bedenken gegen eine nicht mehr als gefestigt zu betrachtende Rechtsprechung erhoben werde, die in erheblichem Maße in Zusammenhang mit der Verwirklichung der Zielsetzung des GWB stünden. [3)]

Das Amt bejahte demgemäß die grundsätzliche Lauterkeit der von der Regel § 7 betroffenen Werbung mit folgenden Erwägungen: Das Argument, niemand dürfe

"Richter in eigener Sache" sein, könne nicht durchgreifen, weil jeder, der wirbt, in eigener Sache urteile.[4] Hinzu komme, daß gar kein Urteil vorliege, denn von einem "Urteil" könne nur gesprochen werden, wenn über die Darstellung von Tatsachen hinaus eine Bewertung dieser Tatsachen erfolgen würde. Bei Tatsachen stelle sich aber die Frage nach der Objektivität nicht, weil sie von jedermann nachgeprüft werden könnten.[5] Ein solcher Preisvergleich sei auch nicht notwendigerweise unvollständig und somit irreführend. Eine sachliche Gegenüberstellung führe den Verbraucher nicht irre, sondern sei im Gegenteil geeignet, die Marktübersicht zu verbessern und dadurch die Gefahr der Irreführung zu verringern. Sollte der Vergleich im Einzelfalle irreführen, könne dem auch ohne dem grundsätzlichen Verbot vergleichender Werbung begegnet werden.[6]

Auch das sog. "Hellegold-Motiv", so führte das BKartA weiter aus, sei nicht geeignet, ein generelles Verbot der vergleichenden Werbung zu rechtfertigen, denn es werde der nach der heutigen Wirtschaftsverfassung dem Wettbewerbsprinzip zuerkannten Ordnungsfunktion nicht gerecht. Zwar würden durch das GWB nur die lauteren Formen des Wettbewerbs geschützt. Die Abgrenzung zwischen den beiden Bereichen dürfe sich nicht auf diese formale Feststellung beschränken, sondern müsse den im GWB verankerten Grundvorstellungen über Wesen und Funktion des Wettbewerbs Rechnung tragen. Ohne eine Orientierung des gesamten Wettbewerbsrechts an dem Leitbild der Überprüfung der überkommenen Vorstellungen über Lauterkeit und Unlauterkeit im Lichte der gewandelten Auffassung vom Wesen des Wettbewerbs als Ordnungsprinzip der Wirtschaft würde die Gefahr bestehen, daß wesentliche Formen des Wettbewerbs nicht wirksam werden könnten, weil sie nach überkommenen wettbewerbsrechtlichen Vorstellungen dem Bereich des unlauteren Wettbewerbs zugerechnet werden müßten.[7]

Die Ansicht, ein Preisvergleich identischer Produkte sei nicht nur unter besonderen Umständen, sondern grundsätzlich unlauter, schränke die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ein. Es könne auch nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts sein, einzelne Mitbewerber gegen die Auswirkungen günstiger Angebote anderer zu schützen. Aus der Rechtsprechung des BGH,[8] der bei technischen Verbesserungen eine Gegenüberstellung mit Leistungen von Mitbewerbern zuließ, schloß das Amt, daß wegen des gleichen wirtschaftlichen Gehalts nichts anderes für wirtschaftliche Fortschritte gelten dürfe.[9]

Nachdem die Regel des § 7 in erster Linie Fälle betreffe, in denen Händler die empfohlenen Preise der Hersteller unterbieten, müsse die Zulässigkeit von Preisvergleichen auch im Zusammenhang mit dem Bestehen von vertikalen Preisempfehlungen gesehen werden. Diese seien aber auch nach ihrer Anmeldung beim BKartA nur zulässig, wenn sie ausdrücklich als unverbindlich kenntlich gemacht seien und das empfehlende Unternehmen kein Druckmittel zu ihrer Einhal-

tung anwende.[10] Das im GWB verankerte Ziel, die Freiheit der Preisbildung zu erhalten, würde beeinträchtigt werden, wenn den unterbietenden Händlern die Möglichkeit genommen werden würde, in ihrer Werbung auf die Tatsache der Unterbietung hinzuweisen.[11]

Schließlich spreche auch eine rechtsvergleichende Betrachtung gegen ein grundsätzliches Verbot vergleichender Werbung.[12]

Zum Schluß verneinte das BKartA die Frage, ob die Eintragung der Regel mit den Vorschriften des RabattG oder unter dem Gesichtspunkt der "grauen Zone" begründet werden könne: Hinsichtlich der Vorschriften des RabattG wies es darauf hin, daß ein Preisnachlaß nach § 1 Abs. I RabattG eine Gegenüberstellung zweier eigener Preise des Verkäufers voraussetze, daß also kein Rabattverstoß vorliege, wenn der Verkäufer kundgebe, daß er sich die empfohlenen Preise des Herstellers nicht zu eigen mache, sondern eigene Preise bilden wolle. Ob der Verkäufer bei der Ankündigung, der eigene Preis liege zu einem bestimmten Prozentsatz unter dem Listenpreis, sich den Listenpreis zu eigen mache, könne dahingestellt bleiben, weil nicht in allen von der Regel des § 7 betroffenen Fällen ein Verstoß gegen das RabattG vorliege.[13]

Eine Stellungnahme zu der Frage, ob Regeln der sog. "grauen Zone" eintragungsfähig seien, bedürfe es nicht, weil die hier in Frage stehende Regel ein wesentliches Element des Preiswettbewerbs darstelle, zur "grauen Zone" aber nur solche Wettbewerbsformen zugerechnet werden könnten, die für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nur geringe Bedeutung hätten.[14] Außerdem scheute die Beschlußabt. die Eintragung dieser Regel, weil sie befürchtete, dazu beizutragen, eine ins Wanken geratene, mit den Grundgedanken des GWB nicht vereinbare Rechtsauffassung wegen § 29 GWB, in dem von dem Verbot des § 1 GWB freigestellt wird, zu "zementieren",[15] denn die Gerichte wären, da Verträge und Beschlüsse von Kraftfahrzeughändlern über die Einhaltung der Regel nach deren Eintragung für die Beteiligten verbindlich wären, insoweit gebunden, auch wenn sie an der bisherigen Rechtsprechung, wonach vergleichende Werbung grundsätzlich unlauter sei, nicht mehr festhalten würden. Das BKartA würde sich hierdurch ihrer Aufgabe, durch den Vollzug des GWB den Wettbewerb zu fördern, in Widerspruch setzen.[16]

Wie wichtig für das Amt gerade dieses letztgenannte Argument war, zeigt, daß darauf im Tätigkeitsbericht 1963 Bezug genommen wurde. Diesem Ablehnungsgrund räumte es dabei genausoviel Platz ein, wie für seine Begründung, vergleichende Werbung sei nicht grundsätzlich unlauter, obwohl im Eintragungsbeschluß letztgenannte Auffassung der Beschlußabt. in mehr als 7 Seiten dargelegt wurde, das Argument, eine mit dem GWB nicht zu vereinbarende Rechtsauffassung würde "zementiert" werden, jedoch nur in einem kurzen Absatz behandelt wurde.[17]

Auf Einspruch des Zentralverbandes des Kraftfahrzeughandels und -gewerbes e. V. mußte sich die Einspruchsabt. des BKartA mit dieser WR beschäftigen.
Sie stellte zunächst fest, daß dem Wortlaut der Regel nach auch lediglich ein Vergleich des eigenen Preises mit dem des Herstellers unlauter sei, nicht aber ein Vergleich mit der Preisgestaltung der Mitbewerber. Jedoch sei entscheidend, ob die angesprochenen Verkehrskreise eine derartige Preisgegenüberstellung nicht doch als Preisvergleich mit den anderen Kraftfahrzeughändlern ansehen würden. [18] Dabei komme es auf den Gesamteindruck an. [19] So sei es rechtlich nicht ohne Bedeutung, wenn der Preisvergleich etwa den Zusatz enthalte: "Ihre %" oder "bei mir um 25 % billiger", oder wenn der Listenpreis als "üblich" angegeben werde. In diesen Fällen könne durchaus ein Hinweis auf die Preisgestaltung der Mitbewerber liegen. Bei einer einfachen Gegenüberstellung des eigenen mit dem empfohlenen Preis sei die Bezugnahme auf den vom Hersteller empfohlenen Preis begrenzt, die eine inhaltlich bestimmte gedankliche Erweiterung auf die Preisgestaltung der Konkurrenten nicht zulasse. [20] Der Vergleich mit dem empfohlenen Preis enthalte nicht unvermeidlich eine Bezugnahme auf Preise der Mitbewerber, weil der Händler in der Entscheidung darüber, ob er empfohlene Preise einhalte, frei sei. [21]

Die bloße Möglichkeit, daß dieser Preisvergleich zugleich ein Vergleich mit den Preisen der Konkurrenten enthalte, nämlich wenn diese den empfohlenen Preis forderten, machten Werbeankündigungen dieser Art nicht zum Preisvergleich mit Mitbewerbern. Es sei zwar nicht ausgeschlossen, daß Konkurrenten die Listenpreise forderten, sie schlössen aber ebensowenig aus, daß die Mitbewerber noch günstiger anböten. [22]

Außerdem, so fuhr das Amt fort, sei vergleichende Reklame unter dem Gesichtspunkt der Notwehr, der wettbewerblichen Abwehr oder der Wahrnehmung eines berechtigten Interesses erlaubt. [23]

Hinsichtlich der Möglichkeit der irreführenden Werbung sowie die Anwendbarkeit des RabattG folgte die Einspruchsabt. der Auffassung der Beschlußabteilung. Sie kam aus den angeführten Gründen zu dem Ergebnis, daß die WR nicht in vollem Umfange innerhalb der Verbotstatbestände der Wettbewerbsgesetze liege, so daß sie in den Bereich des vom § 1 GWB geschützten Wettbewerbs eindringe. [24]

Auch unter dem Gesichtspunkt der "grauen Zone" sei die Regel nicht anwendbar. Die Voraussetzungen, daß sie den Leistungswettbewerb fördere und den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs Geltung verschaffe, lägen nicht vor, weil dieser Art der Werbeankündigung weder unmittelbar noch der Tendenz nach Unlauterkeit anhafte. [25] Der Ausschluß lauterer Werbeankündigungen würde aber den Leistungswettbewerb der Unternehmen des Kraftfahrzeughandels nicht fördern, sondern ihm entgegenwirken, denn dadurch würde Werbung mit dem eigenen im Verhältnis zu dem empfohlenen Preis fast völlig ausgeschlossen werden. Gerade diese

Werbung liege aber, nachdem auf dem Markt für neue Kraftfahrzeuge bei der Preisgestaltung nur in sehr beschränktem Umfange Möglichkeiten für eine eigenständige Handelsleistung bestünden, im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse bestmöglicher Bedarfsbefriedigung. Dieses Interesse wiege schwerer als das Verbandsinteresse am Ausschluß einer Kategorie von Wettbewerbshandlungen, auch wenn gegen diese zum Teil der Vorwurf wettbewerbsfremden Verhaltens erhoben werden könne. [26]

Ein Vergleich beider Eintragungsbeschlüsse läßt erkennen, daß die Akzente jeweils verschieden gesetzt wurden. Während die Beschlußabteilung eine sachliche und wahre Preisgegenüberstellung nicht grundsätzlich als unlauter betrachtete, beantwortete die Einspruchsabteilung diese Frage nur insoweit, als es ausführte, kritisierende vergleichende Reklame sei zum Zwecke der Notwehr, der wettbewerblichen Abwehr oder der Wahrnehmung eines berechtigten Interesse, also in Ausnahmefällen, erlaubt. [27] Im übrigen lehnte sie die Eintragung der Regel ab, weil nach ihrer Ansicht überhaupt kein Preisvergleich mit einem Konkurrenten und somit kein unlauterer Wettbewerb vorliege. [28]

Unterschiedlich wurde auch begründet, warum die WR nicht unter dem Gesichtspunkt der "grauen Zone" eintragungsfähig sei. Während die Beschlußabt. zur "grauen Zone" nur Wettbewerbsformen zählen wollte, die für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs geringe Bedeutung haben und diese Voraussetzung bei dieser Regel verneinte, [29] griff die Einspruchsabt. dieses Argument überhaupt nicht auf, sondern verneinte die Zulässigkeit der WR, weil ihr auch der Tendenz nach keine Unlauterkeit anhafte. [30] Die Auffassung der Beschlußabt. spiegelte sich wider im Vorwort des Tätigkeitsberichtes 1964, [31] wo das BKartA im Hinblick auf eine, nach dem Beschluß der Einspruchsabteilung ergangene Entscheidung des BGH, [32] in der dieser die Ansicht der Einspruchsabteilung bestätigte, eine Gesetzesänderung vorschlug, die wahrheitsgemäße vergleichende Werbung grundsätzlich zulassen sollte.

b) Landeskartellbehörden

Mit vergleichender Werbung beschäftigt sich die Regel Artikel III Nr. 4 des Verbandes der Nordrheinischen Kraftfahrlehrer:

> "Der Fahrlehrer hat es zu unterlassen, in unlauterer Weise (ohne berechtigten Grund) eigene Leistungen mit denen der Mitbewerber zu vergleichen ..." [33]

Die Kartellbehörde genehmigte die Regel ohne Begründung. Nachdem dieser Eintragungsbeschluß fast zwei Jahre nach der Entscheidung der Einspruchsabteilung

des BKartA erging, ist zu vermuten, daß die LKartB in Anlehnung an die Einspruchsabteilung als "berechtigten Grund" ebenfalls die Notwehr, die wettbewerbliche Abwehr, sowie die Wahrnehmung eines berechtigten Interesses sah.[34] Nicht ganz zu verstehen ist, daß die Behörde hier nicht auf einer Konkretisierung bestand.

Zusammenfassung

Das BKartA genehmigte die Eintragung einer WR nicht, die einen Hinweis des Verkäufers darauf, daß sein Preis unter dem "Neupreis", "Listenpreis" oder einem anderen als üblich dargestellten Preis liegt, als unlauter ansah, weil nach seiner Ansicht nicht alle durch diese Regel gekennzeichneten Formen der Werbung gegen die Vorschriften des UWG verstießen. Die Beschlußabt. sah vergleichende Werbung nicht als grundsätzlich unlauter an, während die Einspruchsabt. in der Regel, soweit sie einen Vergleich mit Herstellerpreisen betraf, keine Bezugnahme auf Konkurrentenpreise erkennen konnte.

Auch das RabattG veranlaßte das Amt nicht zur Eintragung dieser WR, denn § 1 Abs. I RabattG gehe von der Gegenüberstellung zweier eigener Preise aus, der Verkäufer mache sich aber den Herstellerpreis nicht zu eigen, sondern bilde eigene Preise.

Auch im Hinblick auf die "graue Zone" lasse sich die Eintragung der Regel nicht rechtfertigen: Während die Beschlußabt. die Regel als solche wegen ihrer Bedeutung im Wettbewerb schon nicht zur "grauen Zone" zählte, war die Einspruchsabt. der Meinung, daß ihr auch der Tendenz nach keine Unlauterkeit anhafte.

Die LKartB Nordrhein-Westfalen bejahte die Zulässigkeit einer WR, die einen Preisvergleich mit Mitbewerbern in unlauterer Weise, d. h. ohne berechtigten Grund untersagte. Eine Begründung enthält der Eintragungsbeschluß nicht.

Anhang: Fußnoten zu Teil III, 4. Kapitel, 1.

1) WuW/E BKartA 611
2) WuW/E BKartA 620
3) WuW/E BKartA 621
4) WuW/E BKartA 622 in Anlehnung an LEO, WRP 1960, 293, 294
5) WuW/E BKartA a. a. O. (Hervorhebung vom Verf.) unter Hinweis auf BORCK, WRP 1961, 70, 72, der der Ansicht ist, daß der Werbende lediglich in eigener Sache "plädiere".
6) WuW/E BKartA a. a. O.; s. auch TB 1963, S. 28
7) WuW/E BKartA 622 f.; s. auch TB a. a. O.
8) BGH, BB 1961, 9 f.
9) WuW/E BKartA 623 f. mit Bezug auf VÖLP, BB 1961, 113 f.
10) WuW/E BKartA 624 unter Hinweis auf WuW/E BKartA 361, 373
11) a. a. O.
12) WuW/E BKartA 625
13) WuW/E BKartA 625 f. (Hervorhebung vom Verf.)
14) WuW/E BKartA 627; s. hierzu oben Teil II, 2. Kapitel, a) S. 48
15) WuW/E BKartA a. a. O.; s. auch oben Teil II, 2. Kapitel, a) S. 48 f.
16) TB 1963, S. 28
17) vgl. TB 1963, a. a. O. im Vergleich zu WuW/E BKartA 620 bis 627
18) WuW/E BKartA 767 (Hervorhebung vom Verf.)
19) WuW/E BKartA 769 unter Bezugnahme auf ARRAS NJW 1954, 1910 ff.
20) a. a. O.; TB 1963, S. 28
21) WuW/E BKartA 770
22) a. a. O.
23) a. a. O. unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH und auf REIMER, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Aufl. 1954, 78. Kapitel, V., Tz 11
24) WuW/E BKartA 771; TB 1963, S. 28
25) WuW/E BKartA 772, s. o. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 50, TB 1963, S. 29
26) WuW/E BKartA a. a. O.; TB a. a. O.
27) s. o. Teil III, 4. Kapitel, 1., a) S. 128
28) s. o. Teil III, 4. Kapitel, 1., a) S. 128 f.
29) s. o. Teil III, 4. Kapitel, 1., a) S. 127
30) s. o. Teil III, 4. Kapitel, 1., a) S. 128;
Die Beschlußabt. brauchte diese Frage nicht mehr zu beantworten, s. o. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 48 f.
31) TB 1964, S. 11
32) vom 10. 6. 1964, WuW/E BGH 629
33) WuW/E LKartB 94 (Regel Art. III Nr. 4)
34) s. o. Teil III, 4. Kapitel, 1., a) S. 129

2. Irreführende Werbung

a) Bundeskartellamt

WRn, die eine irreführende Werbung verbieten, finden sich in fast allen Eintragungsanträgen.[1] Sie wurden vom BKartA mit zwei Ausnahmen[2] genehmigt. Dabei wurde oft in mehreren Einzelregeln detailliert dargelegt, was der jeweils antragstellende Verband alles unter dieser unzulässigen Art der Werbung verstand.[3] Maßgebend waren hierbei die konkreten Verhältnisse in der betreffenden Branche. Aus diesem Grunde sind die einzelnen Regeln in den meisten Fällen nicht miteinander vergleichbar.

Einige WRn tauchen jedoch in gleicher oder ähnlicher Form in mehreren Anträgen auf, so daß sich diese Eintragungsbegründungen gegenüberstellen lassen.

aa) Das Verbot einer Werbung mit unrichtigen oder irreführenden Angaben über eigene geschäftliche Verhältnisse

Regeln, die eine derartige Werbung untersagen, sind in 13 Anträgen enthalten.[4] Während das BKartA in der Eintragungsbegründung teilweise auf den Sinngehalt des § 3 UWG hinwies,[5] sah die Beschlußabt. in "Kfz-Handel" und "Schälmühlen" das Verhalten schon als Verstoß gegen § 3 UWG an,[6] während das Amt am deutlichsten in "Büromaschinen" argumentierte, wenn es dort sagte, daß die Regel über § 3 UWG hinausgehe, weil dort nur die Fälle der öffentlichen Bekanntmachungen bzw. der Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, geregelt seien. Nachdem aber auch Mitteilungen über geschäftliche Verhältnisse unlauter seien, wenn sie sich an einen geschlossenen Personenkreis richteten, sei die WR durch § 1 UWG gedeckt.[7]

Soweit die WR dahingehend erweitert war, daß auch irreführende Angaben über persönliche Verhältnisse (Befähigung, Vorbildung, Erfolge des Unternehmers oder der für ihn tätigen Personen) unzulässig sind, wurde ausgeführt, daß das Verhalten den guten Sitten widerspreche. Mit dieser Begründung wurden jeweils beide Alternativen der WR, also auch die Irreführung über geschäftliche Verhältnisse als eintragungsfähig angesehen.[8]

bb) WRn, die Preisangaben verbieten, die mit den Grundsätzen der Preiswahrheit und -klarheit nicht übereinstimmen

WRn dieses Inhalts findet man in fünf Eintragungsanträgen.[9] Das BKartA begründete die Eintragung dieser Regeln entweder ganz pauschal damit, daß sich der Tatbestand eindeutig im Rahmen des UWG halte,[10] oder es war der Ansicht, daß die WR dem in § 3 UWG aufgestellten Grundsatz diene und ihn konkretisiere,[11] oder es erachtete die Eintragung deshalb als zulässig, weil das Erfordernis einer Preisgestaltung nach den Grundsätzen der Preiswahrheit und -klarheit der Lauterkeit im Wettbewerb diene.[12] In "Automatenindustrie" sah das Amt eine derartige Werbung, soweit sie in öffentlichen Ankündigungen geschehe, als ausdrücklich durch §§ 3, 4 UWG verboten an. Eine Preisangabe, die die Grundsätze der Preisklarheit und -wahrheit nicht beachte, aber nicht in öffentlichen Ankündigungen, sondern in der Einzelwerbung erfolge, sei aber genauso wettbewerbsfremd und durch § 1 UWG gedeckt.[13]

Das Amt begründete also die Eintragung der Regeln teilweise damit, daß es einen Verstoß gegen Vorschriften des UWG annahm und teilweise sah es hierin eine "Förderungsregel" i. S. d. § 28 Abs. II 2. Alternative GWB (a. F.).

cc) Verbot von Lockvogelangeboten

Das Verbot der sog. "Lockvogelangebote" taucht in sieben Eintragungsanträgen auf.[14] Dabei trug das BKartA die WR in fünf Varianten ein:

1. Verbot der Rabatterhöhung, wenn diese gleichzeitig durch entsprechende Erhöhung der Preise ausgeglichen wird und dies zu dem Zweck geschieht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen.[15]

2. Verbot, Interessenten unter dem Anschein eines Privatangebots anzulocken.[16]

3. Verbot, Waren mit erheblichem Preisnachlaß anzubieten, wenn die Abnehmer durch die Form der Ankündigung über die vorhandene Warenmenge getäuscht werden.[17]

4. Verbot, durch die Form der Ankündigung einiger besonders preisgünstiger Angebote den Anschein einer besonderen Leistungsfähigkeit zu erwecken und dadurch vorzutäuschen, daß alle übrigen Angebote ebenso günstig kalkuliert sind.[17]

5. Verbot, bei Kreditgeschäften mit einer Anzahlungssumme zu wer-

ben, die unter der Höhe der einzelnen Abzahlungsraten liegt, sofern nicht gleichzeitig die Höhe und Zahl der Raten angegeben wird.[18]

In "ZuK" führte das Amt zur Eintragungsbegründung aus, daß die gleichzeitige, sich gegenseitig bedingende Erhöhung der Verkaufspreise und Rabatte noch nicht unzulässig zu sein brauche, daß sie jedoch wettbewerbsfremd werde, wenn sie den Zweck verfolge, ein besonders günstiges Angebot vorzutäuschen. Insofern dürfte die Regel, obwohl sie tatbestandsmäßig über § 3 UWG hinausgehe, dazu beitragen, den das allgemeine Wettbewerbsrecht beherrschenden Grundsatz einer wahren, sachgerechten Werbung zu verwirklichen.[19]

In "Büromaschinen" hielt das BKartA bezüglich der WR § 9 Abs. IV das Verschweigen der Händlereigenschaft für unlauter, weil das Publikum bei der Werbung eines Einzelhändlers mit dem Anschein eines Privatangebots über den gewerblichen Charakter des Angebots getäuscht werde. Es erwarte hier vielmehr eine günstige Kaufgelegenheit aus Privathand.[20]

Hinsichtlich § 8 der Regeln der "Baustoffhändler" schließlich begnügte sich die Beschlußabteilung mit der Feststellung, daß die WRn keinen Zweifel daran aufkommen ließen, daß es sich hier um Fälle irreführender Werbung handele.[21]

Während das BKartA in "ZuK" also von einer "Förderungsregel" ausging, in "Büromaschinen", "Immobilienmakler" und "Tapetenhandel" das in der WR geregelte Verhalten offensichtlich als durch § 1 UWG gedeckt sah, ließ es in der letztgenannten Entscheidung nicht erkennen, ob es einen Verstoß gegen das UWG oder eine "Förderungsregel" annahm. Eine Beantwortung dieser Frage kann sich aus der Untersuchung ergeben, wie das Amt dem Verbot jeglicher irreführenden Werbung gegenüberstand.[22]

Die Regeln, die sich mit den Kreditgeschäften befassen,[23] wurden mit § 3 UWG,[24] bzw. damit begründet, daß sie dem Grundsatz der Preiswahrheit und -klarheit dienten und geeignet seien, der Täuschungsgefahr im Abzahlungsgeschäft entgegenzutreten.[25]

dd) Verbot der Verwendung von Gutachten, Prüfberichten und Schrifttum in der Werbung

In "Diätetische Lebensmittelindustrie"[26] und "Lackindustrie"[27] wurde diese Art der Werbung in den WRn behandelt. Abgesehen davon, daß in beiden Eintragungsanträgen in den Regeln verlangt wird, daß der Unternehmer, der mit Gutachten wirbt, seine Angaben auch mit diesen Gutachten belegt,[28] werden im übri-

gen verschiedene Richtungen irreführender Werbung in diesem Bereich geregelt.

In "Diätetische Lebensmittelindustrie" ist eine Werbung mit Gutachten über die diätetischen Eigenschaften eines Erzeugnisses irreführend, wenn sie nicht von wissenschaftlich oder fachlich hierzu vorgebildeten Personen erstattet worden sind.[29] Hinweise auf das Schrifttum sind irreführend, sofern nicht angegeben ist, ob es sich bei der Veröffentlichung um eine allgemeine Untersuchung, Erörterung oder Darlegung handelt, oder ob sie sich auf die diätetischen Lebensmittel, ihr Herstellungsverfahren oder ihre Anwendung bezieht, für die geworben wird.[30]

In "Lackindustrie" handelt unlauter, wer das Gutachten oder den Prüfungsbericht gegen den ausdrücklichen Willen des Gutachters oder Prüfers in der Werbung verwendet.[31] Außerdem muß, wenn ein Prüfbericht oder ein Gutachten auf Grund eines Antrages der werbenden Firma erstattet ist, dies bei der Veröffentlichung erklärt werden, um den Eindruck zu verhüten, es handele sich um einen unabhängig zustandegekommenen Bericht.[32]

Das BKartA begründete die Eintragung der Regeln damit, daß dadurch die Täuschung des Publikums verhindert und somit wettbewerbswidriger Verwendung von Gutachten vorgebeugt werden solle,[33] bzw. daß die Regeln der Durchsetzung des in § 3 UWG aufgestellten Grundsatzes diene und diesen konkretisiere.[34]

ee) WRn, die eine unzulässige Vergütung für Werbung verbieten

Das Gewähren einer Vergütung für bestimmte Arten der Werbung seitens des Herstellers wurde in zwei Eintragungsanträgen als unzulässig in WRn behandelt.[35] Ein Eingehen hierauf im Rahmen dieser Arbeit lohnt aber schon deshalb, weil bei beiden Regeln in "Markenspirituosen" der seltene Fall vorliegt, daß das BKartA die Eintragung teilweise ablehnte, also der antragstellende Verband im Verfahren vor der Eintragung die WRn nicht im Sinne des BKartA änderte.[36]

Entscheidend für die Haltung der Beschlußabt. in "Markenspirituosen" war die Frage, ob jeweils eine Täuschung des Publikums über Werbemaßnahmen des Absatzmittlers zu befürchten sei. Das Amt war der Ansicht, daß die Regeln insoweit den Zweck hätten, einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken, als eine Vergütung unzulässig sei für

1. Werbeverkäufe des Absatzmittlers,
2. das besondere Herausstellen der Ware an der Stätte der Abgabe der Ware.

3. Die Überlassung oder werbliche Ausgestaltung von Schaufenstern, Vitrinen, Regalen, Verkaufsgondeln und ähnlichen Vorrichtungen.

4. Die Überlassung von Werbeflächen in Verkaufsräumen.

5. Anzeigen des Absatzmittlers.[37)]

Dies wurde damit begründet, daß das Publikum, in dem Falle, daß der Absatzmittler im Rahmen seiner selbständigen Handelsfunktion eine bestimmte Ware aus seinem Sortiment werbemäßig herausstelle, regelmäßig davon ausgehe, daß den Absatzmittler eigene Erkenntnisse hinsichtlich der besonderen Vorzüge dieser Ware hierzu bestimmten. In dieser Vorstellung würde der Verbraucher jedoch getäuscht werden, wenn die Herausstellung auf den Hersteller zurückzuführen sei, der sie durch eine besondere Vergütung bei seinem Absatzmittler durchgesetzt hat. Hierdurch könne gegen § 3 UWG verstoßen werden.[38)] Die Hersteller handelten somit den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwider, indem sie ihre Absatzmittler durch Gewährung einer Vergütung zu einem diesen Grundsätzen zuwiderlaufenden Verhalten veranlaßten.[39)]

Es fehle aber nach Ansicht des BKartA an der nach § 28 Abs. II GWB (a. F.) erforderlichen Zwecksetzung, soweit dem Hersteller untersagt werde, dem Absatzmittler eine Vergütung dafür zu gewähren, daß dieser für den Hersteller dessen Eigenwerbung durchführe, fördere oder ermögliche. Hier liege keine Täuschung des Publikums vor. Soweit in den Regeln also eine Vergütung für Werbung oder Werbeverkäufe schlechthin verboten wurde, sah die Beschlußabteilung diese nicht als eintragungsfähig an.[40)]

Das Amt schloß also eine Täuschung der Abnehmer aus, wenn kein Zweifel daran bestehe, daß der Absatzmittler mit der Werbung keine eigene Auffassung kundtue, sondern lediglich die Werbung des Herstellers unterstütze. Dazu gehöre nach Ansicht des BKartA auch das Anbringen von Werbung auf Kundenfahrzeugen. Ergänzend wies es darauf hin, daß diese Regel zur Verhinderung der Täuschung des Publikums auch deswegen nicht geeignet sei, weil sie nicht eine Vergütung überhaupt untersage, sondern nur die Höhe der zu gewährenden Vergütung beschränke.[41)]

Damit änderte die Behörde ihre Auffassung im vorangegangenen Eintragungsbeschluß "Hefeindustrie" schon vom Ausgangspunkt der Argumentation her. In "Hefeindustrie" wurde genau dieselbe WR für zulässig erachtet, weil sie unter dem Gesichtspunkt der Lauterkeitsbezogenheit dem Umstande Rechnung trage, daß ein Übermaß an Zuwendungen vermieden werden solle, andererseits aber die Werbung auch eine Leistung für den Hersteller darstelle.[42)] Die "Täuschung des Publikums", später in "Markenspirituosen" als "maßgeblicher Gesichtspunkt" für die Eintragung der Regel bezeichnet,[43)] wurde in "Hefeindustrie" überhaupt nicht angesprochen.

ff) WRn, die sich mit der Laienwerbung befassen

In 6 Einzelregeln hatte sich das BKartA mit WRn auseinanderzusetzen, die sich mit der Laienwerbung befassen.[44] Sie tauchen in 4 Varianten auf:

1. Unzulässig ist das öffentliche Anbieten von Vermittlungsprovisionen.[45]

2. Unzulässig ist es, Privatpersonen Vergütungen für ein Geschäft zu gewähren, wenn diese kein angemessenes Entgelt für die kaufmännische Leistung, sondern ein sachfremdes Reizmittel zur Steigerung des Warenumsatzes ist.[46]

3. Wettbewerbswidrig ist es, Nichtmaklern Provisionsanteile anzubieten oder zu versprechen, damit diese einen Auftrag erteilen.[47]

4. Unzulässig ist das Versprechen oder Gewähren von Vergütungen an Angehörige der steuerberatenden Berufe.[48]

Während in Punkt 1, 3 und 4 das Gewähren von Vergünstigungen überhaupt verboten ist, untersagt die in den meisten Fällen gewählte Fassung in Punkt 2 das Verschaffen von Vergütungen nur, wenn es sich um kein adäquates Entgelt für kaufmännische Leistungen handelt, sondern um ein sachfremdes Reizmittel zur Umsatzsteigerung.

Das BKartA genehmigte sämtliche WRn. Soweit lediglich erhöhte Vergütungen untersagt werden (Punkt 2), begründete das Amt die Eintragung damit, daß eine Werbung durch Laien zwar grundsätzlich nicht verboten sei, der Einsatz fachunkundiger Werber aber bedenklich werde, wenn im Verhältnis zu den gebrachten Leistungen zu hohe Entgelte gewährt werden würden. In solchen Fällen entstehe die Gefahr, daß dem Laienwerber jedes Mittel recht sei, um das Entgelt zu verdienen.[49] Wer eine derartige Werbung in sein Geschäftsgebaren aufnehme, handle unlauter.[50]

Etwas überraschend ist die Haltung des Amtes zu dieser WR im zeitlich vorausgegangenen Beschluß "Kfz-Handel". Nachdem die Behörde die eben aufgeführten Gedanken zur Eintragungsbegründung einer anderen WR heranzog, die ein öffentliches Anbieten von Vermittlungsprovisionen verbietet (Punkt 1), sah es in dieser Regel eine Klarstellung, daß es dem einzelnen Kraftfahrzeughändler freigestellt bleibe, Dritten, die er nicht öffentlich aufgefordert habe, für ihn zu werben, für die Vermittlung von Aufträgen eine Provision zu gewähren. Daß es sich hierbei um eine mit der Vermittlungstätigkeit erbrachte echte Leistung handeln muß, solle unechte, nur vorgegebene Vermittlungsfälle ausschließen, so daß die WR geeignet sei, ein den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entsprechendes Ver-

halten anzuregen.[51] In dieser ersten Entscheidung, in der sich das Amt mit einer WR dieses Inhalts auseinanderzusetzen hatte, legte es offensichtlich den Schwerpunkt weniger auf "angemessenes Entgelt", sondern vielmehr auf "echte Leistung", die zu erbringen der Laienwerber angehalten wird. Konsequenterweise wurde die Eintragung der Regel dann auch mit der 2. Alternative des § 28 Abs. II GWB (a. F.) begründet.

Interessant ist auch die Auffassung des BKartA in "Tapetenhandel": Gegen die ursprüngliche Fassung der WR, die der entsprechenden Regel in "Büromaschinen" nachgebildet war, hatte das Amt in diesem Eintragungsbeschluß Einwendungen und bestand, im Gegensatz zu "Büromaschinen" auf einer Änderung. Nach dem ursprünglichen Wortlaut war die Ausnutzung der Laienwerbung unzulässig, wenn die Privatpersonen in Aussicht gestellte Vergütung oder Werbeprämie weniger als angemessenes Entgelt, sondern vorrangig als Reizmittel zur Umsatzsteigerung bemessen ist.[52] Die Behörde folgerte aus diesem Wortlaut, daß nach dieser Fassung der WR auch angemessene Entgelte untersagt gewesen wären, falls sie vorrangig als Reizmittel zur Umsatzsteigerung bemessen gewesen wären. Dies sei aber bedenklich, weil die Einschaltung der Laienwerbung immer den Zweck habe, die Umsätze zu steigern.[53] Der Antragsteller änderte daraufhin die Regel dahingehend, daß in ihr von unangemessenen Entgelten die Rede ist.[54] Die Eintragungsbegründung zu "Büromaschinen"[55] zeigt aber, daß das Amt auch dort die WR so verstanden hat, daß die Gewährung einer unangemessenen Vergütung ausgeschaltet werden soll.

Die Bedenklichkeit dieser Art der Werbung war auch der Grund für die Genehmigung der übrigen Varianten der WR. Es wurde bereits kurz darauf hingewiesen, daß das BKartA eine WR eintrug, die ein öffentliches Anbieten von Vermittlungsprovisionen untersagt, weil es unter Betonung des Wortes "öffentlich" eine Ansprache eines unbestimmten Personenkreises sah und aus den Gefahren eines derartigen Werbesystems unter Hinweis auf eine Entscheidung des OLG Düsseldorf[56] die Regel als für geeignet hielt, der dieser Werbeform innewohnenden Tendenz zu unlauterem Wettbewerbsverhalten entgegenzuwirken und dadurch ein dem Grundsatz des lauteren Wettbewerbs entsprechendes Verhalten anzuregen.[57]

Die Regel § 7 in "Büromaschinen", die das Versprechen oder Gewähren von Vergünstigungen an Angehörige der steuerberatenden Berufe verbietet (Punkt 4),[58] wurde ebenfalls als einem unlauteren Wettbewerb vorbeugend genehmigt. Dabei war ausschlaggebend, daß die Gefahr bestehe, daß der Steuerberater, der in seiner Vertrauensstellung um eine Vermittlung angegangen werde, seinen Auftraggeber nicht mehr objektiv, sondern um der Provision willen einseitig berate.[59]

Die Regel 8 Satz 3 der "Immobilienmakler", die es verbietet, Nichtmaklern Provisionsanteile anzubieten oder zu versprechen, damit diese einen Auftrag erteilen

(Punkt 3), wurde schließlich mit dem kurzen Hinweis eingetragen, daß die Regel anerkannten Rechtsgrundsätzen folge.[60] Diese WR unterscheidet sich von den anderen hauptsächlich dadurch, daß derjenige, dem eine Vergütung gewährt wird, selbst Kunde ist und auf diese Weise zu einem Geschäftsabschluß bewogen werden soll.

gg) Verbot jeglicher irreführender Werbung

Während bisher einzelne Fallgruppen irreführender Werbung dargestellt wurden, soll jetzt auf die 4 Eintragungsanträge eingegangen werden, in denen der antragstellende Verband vor der beispielhaften Aufzählung einzelner Fälle irreführender Werbung in der jeweiligen WR jegliche irreführende Werbung als unzulässig verbot.[61]

Das BKartA hatte gegen die Eintragung nichts einzuwenden. Während in "Diätetische Lebensmittelindustrie" darauf hingewiesen wurde, daß dieser Grundsatz seine Rechtfertigung in dem das allgemeine Wettbewerbsrecht beherrschenden Wahrheitsgrundsatz finde, nach dem alle Wettbewerbshandlungen, welche die Gefahr einer Irreführung zur Folge haben, wettbewerbsfremd seien,[62] vertrat es in "Automatenindustrie" die Auffassung, daß eine Irreführung, auch wenn sie nicht in einer öffentlichen Ankündigung erfolge und somit nicht nach §§ 3, 4 UWG verboten sei, gem. § 1 UWG unzulässig sei, der über §§ 3, 4 UWG hinausgehe. Irreführung sei auch dann unrecht und unstatthaft, wenn den Werbenden kein Vorwurf des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit treffe.[63]

In "Kfz-Handel" gab sich die Beschlußabteilung nicht mit dem Hinweis auf den Wahrheitsgrundsatz zufrieden,[64] sondern differenzierte: Eine Irreführung mittels unrichtiger Angaben verstoße gegen § 3 UWG, sei aber auch sittenwidrig nach § 1 UWG. Außerdem verstoße jede absichtliche irreführende Werbung, selbst wenn sie nicht auf unwahren Angaben beruhe, gegen § 1 UWG, wobei es genüge, daß der Werbende die Tatumstände, aus denen sich die Sittenwidrigkeit seines Handelns ergebe, gekannt oder sich dieser Kenntnis bewußt entzogen habe.[65] Wenn die WR darüber hinaus jede irreführende Werbung erfasse, so werde hierdurch die Eintragung nicht gehindert, da ein generelles Verbot irreführender Werbung in jedem Falle dazu diene, ein den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen.[66]

Ein Vergleich der Eintragungsbegründungen zeigt, daß das Amt keiner einheitlichen Linie folgte: In "Diätetische Lebensmittelindustrie" schien die Beschlußabt. Wettbewerbshandlungen, die die Gefahr einer Irreführung zur Folge haben, generell unter § 1 UWG einreihen zu wollen. In "Automatenindustrie" ging sie auf

die "Gefahr" einer Irreführung nicht ein, sondern sah das Verbot jeglicher irreführenden Werbung als durch § 1 UWG gedeckt an, wobei Vorsatz oder Fahrlässigkeit hier nicht gefordert wurde. In "Kfz-Handel", dem ersten Beschluß, in dem sich das Amt mit dieser Frage auseinanderzusetzen hatte, sah es in der WR eine sog. "Förderungsregel", wenn der Unternehmer weder mit unrichtigen Angaben werbe, noch ihm die Tatumstände, aus denen sich die Sittenwidrigkeit seines Handelns ergebe, gekannt habe, oder er sich dieser Kenntnis entzogen habe. Interessant ist, daß das Amt in diesem Beschluß "unrichtige Angaben" gleichsetzte mit "öffentliche Bekanntmachungen" bzw. "Mitteilungen für einen größeren Kreis von Personen" i. S. d. § 3 UWG und somit die Anwendung dieser Vorschrift über seinen Wortlaut hinaus erweiterte.

b) Landeskartellbehörden

Die LKartBn hatten in 3 Eintragungsanträgen über die Zulässigkeit von WRn zu entscheiden, die eine irreführende Werbung untersagen.[67] In allen diesen Anträgen wurde die Werbung mit unrichtigen oder irreführenden Angaben über eigene geschäftliche Verhältnisse als unzulässig verboten. Im übrigen sind die Regeln der Besonderheit der Branche angepaßt. Insbesondere finden sich in den betreffenden Regeln des Braugewerbes eine Aufzählung von unzulässigen Bierbezeichnungen.

In keinem der Beschlüsse wurden die in allen Fällen vorgenommene Eintragungen von der Behörde begründet. In "Niedersächsische Brauereien" findet sich nur der Hinweis, daß sämtliche beantragten WRn dem in § 28 Abs. II GWB (a. F.) bezeichneten Zweck dienten und entweder Sachverhalte konkretisierten, die den Tatbestand der Unlauterkeit nach den Vorschriften des geltenden Wettbewerbsrechts erfüllten, oder die Lauterkeit förderten und daß somit im weiteren Sinne unlauteren Tendenzen im Wettbewerb der Brauereien entgegengewirkt werde.[68]

Zusammenfassung

Das BKartA trug sämtliche WRn ein, die eine Werbung mit unrichtigen oder irreführenden Angaben über eigene geschäftliche Verhältnisse untersagen. Teilweise sah das Amt in diesem Verhalten bereits einen Verstoß gegen § 3 UWG, teilweise zog es lediglich den Sinngehalt des § 3 UWG zur Begründung heran und teilweise argumentierte es mit § 3 in Verbindung mit § 1 UWG. Soweit auch irreführende Angaben über persönliche Verhältnisse von der Regel erfaßt sind, wurde die Ein-

tragung entweder damit begründet, daß das Verhalten den guten Sitten widerspreche, oder es wurde auf § 3 UWG bzw. auf die Rechtsprechung zu §§ 1, 3 UWG hingewiesen.

WRn, die Preisangaben verbieten, die mit den Grundsätzen der Preiswahrheit und -klarheit nicht übereinstimmen, wurden ebenfalls ausnahmslos genehmigt. Das BKartA begründete die Eintragung entweder damit, daß sich der Tatbestand eindeutig im Rahmen des UWG halte, oder es wies auf den Sinngehalt des § 3 UWG hin, bzw. sah das Verhalten, soweit es nicht durch § 3 UWG gedeckt sei, als Verstoß gegen § 1 UWG an. In einer Entscheidung nahm die Beschlußabteilung an, das Erfordernis einer Preisgestaltung nach den Grundsätzen der Preiswahrheit und -klarheit diene der Lauterkeit im Wettbewerb und bejahte somit das Vorliegen einer "Förderungsregel".

Regeln, die Lockvogelangebote in verschiedenen Varianten als unzulässig betrachteten, wurden ebenfalls alle eingetragen. Das Amt war entweder der Meinung, die Regel dürfte dazu beitragen, den Grundsatz einer wahren, sachgerechten Werbung zu verwirklichen, oder es nahm einen Verstoß gegen § 1 oder § 3 UWG an.

Soweit in WRn die Verwendung von Gutachten etc. in der Werbung für verschiedene Fälle untersagt wurde, hielt das Amt die Regeln für zulässig und begründete die Eintragung damit, daß es sich hier um eine "Förderungsregel" handle.

Hinsichtlich der in 3 Regeln als unzulässig betrachteten Vergütung für die Werbung, die der Hersteller dem Absatzmittler zu gewähren hat, nahm das BKartA unter Aufgabe der im zeitlich vorausgehenden Beschluß "Hefeindustrie" vertretenen Auffassung eine Eintragung nur insoweit vor, als es eine Täuschung des Publikums und somit einen Verstoß gegen § 3 UWG annahm. Soweit der Absatzmittler jedoch keine eigene Auffassung kundtue, sondern lediglich die Werbung des Herstellers unterstütze, liege nach Meinung des Amtes keine Täuschung vor. Die Regeln wurden in diesem Falle mangels Zweckbestimmung des § 28 Abs. II GWB (a. F.) nicht eingetragen.

Alle WRn, die eine Laienwerbung verbieten, wurden vom BKartA genehmigt. Dabei hielt es Laienwerbung grundsätzlich für zulässig. In den Regeln wurden jedoch Fälle aufgenommen, die nach Ansicht des Amtes eine derartige Art der Werbung bedenklich machten, so daß es die WRn für geeignet hielt, unlauterem Verhalten vorzubeugen. Wei WRn, die ein unangemessenes Entgelt als sachfremdes Reizmittel zur Umsatzsteigerung untersagen, sah das Amt zunächst ihren Zweck darin, unechte Vermittlungsfälle auszuschließen, erblickte später hierin aber die Gefahr, daß dem Laienwerber zum Nachteil des Abnehmers jedes Mittel recht sei, um das Entgelt zu erlangen. Unter Aufgabe seiner früheren Eintragungspraxis

verlangte es in einem späteren Beschluß, daß bei WRn dieses Inhalts deutlich zum Ausdruck kommen müsse, daß nur unangemessene Entgelte nicht gewährt werden dürften.

In einigen WRn wurde jegliche irreführende Werbung verboten. Auch sie wurden ohne Ausnahme eingetragen und zwar entweder unter Hinweis auf den Wahrheitsgrundsatz oder auf § 1 UWG, oder das Amt differenzierte und nahm entweder einen Verstoß gegen § 3 UWG, wenn die Regel darüber hinausgehe, einen Verstoß gegen § 3 UWG in Verbindung mit § 1 UWG an, oder es rechtfertigte die Eintragung, wenn die Regel auch über die Tatbestände der §§ 1 und 3 UWG hinausgehe, damit, daß die Regel dazu diene, ein den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen.

Die LKartBn hatten nur über Regeln zu entscheiden, die eine Werbung mit unrichtigen oder irreführenden Angaben über eigene geschäftliche Verhältnisse als unzulässig verboten. Alle WRn wurden eingetragen. Eine Eintragungsbegründung findet sich in den Beschlüssen nicht.

3. Sonstige Fälle unzulässiger Werbung

a) Bundeskartellamt

aa) Werbegeschenke

In 7 Eintragungsanträgen waren WRn enthalten, die die Zulässigkeit von Werbegeschenken zum Inhalt hatten.[69] Die Regeln lassen sich in folgende Gruppen einteilen:

aaa) Verbot von Werbegeschenken schlechthin.[70]

bbb) Verbot von Werbegeschenken häufiger als dreimal im Jahr, mit Ausnahme von besonderen Anlässen.[71]

ccc) Verbot von Werbegeschenken, die über einen gewissen Wert hinausgehen, bzw. die keine Reklamegegenstände von geringem Wert sind.[72]

ddd) Verbot der Gewährung von Warenproben über ein gewisses Maß hinaus.[73]

eee) Verbot von Werbegeschenken in der Absicht, Aufträge von den Abnehmern zu erhalten, mit Ausnahme von Gelegenheitsgeschenken zu besonderen Anlässen. [74)]

fff) Verbot von gesetzlich nicht zulässigen Werbegeschenken, bzw. Zuwendungen an Dritte, die in ihrer Wirkung unzulässigen Vergütungen gleichkommen. [75)]

Obwohl nach dem Wortlaut der Regeln deren Anwendbarkeit höchst unterschiedlich ist, wurde dies in den Eintragungsbegründungen des BKartA teilweise nicht berücksichtigt. So trug das Amt mit dem Hinweis, daß es unzulässig sei, durch Werbegeschenke die freie Entschließung des Kunden durch unsachliche Mittel zu beeinflussen, bzw. von der eigentlichen Leistung abzulenken, sowohl die WRn ein, die die Absicht des Unternehmers, durch Werbegeschenke Aufträge von den Kunden zu erhalten, tatbestandlich voraussetzen, [76)] wie auch die Regeln, die diese Absicht nicht verlangen, sondern objektiv von einem bestimmten Wert des Geschenkes ausgehen. [77)] Das BKartA maß also der Absicht der Kundenbeeinflussung keine Bedeutung zu, sondern sah bereits in dem Gewähren übertriebener Geschenke eine Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers.

Hinsichtlich des Verbots der Gewährung von Warenproben über ein gewisses Maß hinaus wurde die Eintragung der WR in "Diätetische Lebensmittelindustrie" damit begründet, daß es nicht Sinn und Zweck von Warenproben sei, normalen Bedarf zu decken. [78)] Deutlicher bezüglich der Unlauterkeit dieses Verhaltens wurde das Amt in "Hefeindustrie", wenn es einen Verstoß gegen den Lauterkeitsgrundsatz annahm, wenn unter der Bezeichnung "Warenprobe" in Wahrheit Werbegeschenke oder Naturalrabatte gewährt werden würden. [79)] Derselbe Gedankengang lag der Begründung der übrigen WRn, die sich mit Warenproben beschäftigen, in "Diätetische Lebensmittelindustrie" zugrunde, wenn in der Eintragungsbegründung, wie bei übermäßigen Werbegeschenken, die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des angesprochenen Personenkreises ausschlaggebend war. [80)]

Soweit in der WR darauf abgestellt wurde, daß die Vorteilsgewährung nicht gesetzlich unzulässig sein darf, begründete das Amt die Eintragung damit, daß es sich um ein mit kaufmännischer Sitte nicht zu vereinbarendes Verhalten handle, das sich auf den bereits nach dem UWG und seinen Nebengesetzen und der hierzu ergangenen Rechtsprechung unzulässigen Wettbewerb beschränke. [81)]

Erstaunlich ist, daß das BKartA in "Baustoffhändler" die Eintragung einer WR zuließ, die jegliches Gewähren, Versprechen, oder Inaussichtstellen von Geschenken (auch an Dritte) als einen Verstoß gegen die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs betrachtete. [82)] Das Amt setzte sich hier in Widerspruch zu den übrigen Eintragungsbeschlüssen, bei denen es von der grundsätzlichen Zulässigkeit von

Werbegeschenken ausging.[83] Aus diesem Grunde ist es unverständlich, daß die Beschlußabteilung die Eintragung dieser Regel nicht begründete.

bb) Aufwendungen bei Werbeveranstaltungen

In 3 Eintragungsanträgen waren WRn enthalten, die bei Werbeveranstaltungen, wie insbesondere Betriebsbesichtigungen, Aufwendungen zum persönlichen Vorteil der Besucher über ein gewisses Maß hinaus (einfache Bewirtung, Beförderung von und zur nächsten Bahnstation, sonstige Kosten, deren Bezahlung den Besuchern nicht zugemutet werden kann) verbieten.[84] Das BKartA trug die Regeln ein.

Begründet wurde dies damit, daß durch übermäßige Aufwendungen die Entscheidungsfreiheit des Kunden beeinträchtigt werde und ein solcher psychologischer Kaufzwang gegen § 1 UWG verstoße.[85] Gleichwohl wurde in "Diätetische Lebensmittelindustrie" angenommen, es handle sich hier um eine "Förderungsregel".[86] In "Kfz-Handel" wies das BKartA darauf hin, daß Freifahrten zu Betriebsbesichtigungen, das unentgeltliche Bewirten von Kunden und dergleichen schon nach der ZugabeVO wettbewerbswidrig seien, wenn sie vom Zustandekommen eines Kaufgeschäfts abhängig gemacht werden und daß durch die WR nur der Fall der Kundenbesichtigungen von Händlerbetrieben geregelt sei. Unberührt blieben Fahrten von Kaufinteressenten auf Kosten des Händlers zu einem Herstellerwerk.[87]

Einer Werbeveranstaltung gleichgestellt werden können auch die Fälle, in denen durch WRn untersagt wird, die Kosten für andere Veranstaltungen zu übernehmen, bzw. Spenden für diesen Zweck bereitzustellen.[88] Während das Amt in "Markenspirituosen" die Zulässigkeit der Regel nicht darlegte, führte es in "Diätetische Lebensmittelindustrie" aus, daß durch die WR verhindert werden solle, daß die Entscheidungsfreiheit der Ärzte, Hebammen und anderer, im Gesundheitswesen tätigen Personen beeinträchtigt werde. Nachdem die Standesorganisationen der Ärzte und Hebammen den Regeln zugestimmt hätten, bestünden keine Bedenken gegen die Eintragung dieser Regel.[89]

cc) Kreditgefährdung

Die in 10 Eintragungsanträgen enthaltenen WRn, die Äußerungen untersagen, die den Konkurrenten schädigen könnten,[90] stehen meist in Zusammenhang mit Regeln, die die Werbung betreffen.[91] Sie haben keinen einheitlichen Wortlaut: In drei Anträgen werden unrichtige, herabsetzende und kreditschädigende Äußerungen über Mitbewerber überhaupt als unzulässig verboten,[92] teilweise ist die WR enger, indem diese Äußerungen nicht "in unzulässiger Weise" erfolgen dür-

fen,[93] oder zur Voraussetzung gemacht wird, daß die kreditschädigenden Äußerungen "nicht erweislich wahr" sind.[94] Schließlich verlangt die Regel in 4 Fällen die Absicht der Konkurrentenbehinderung.[95]

Das BKartA hatte keine Bedenken gegen die Eintragung und begründete diese meist damit, daß dieses Verhalten gegen die guten Sitten verstoße.[96] Teilweise wurde auf das Anschwärzungsverbot des § 14 UWG[97] und auf § 824 BGB[98] Bezug genommen. Das Amt brachte in einigen Eintragungsbeschlüssen zum Ausdruck, daß es auch wahre, aber kränkende und herabsetzende Behauptungen über den Konkurrenten als sittenwidrig ansehe,[99] wies aber in "Versandhandel" darauf hin, daß es den Antragsteller nicht zwingen könne, diesen Tatbestand in die Regel aufzunehmen.[100]

Lediglich in "Flüssiggas-Großvertriebe" nahm das Amt an, es handle sich um eine "Förderungsregel". Den Grund dafür sah es darin, daß in der betreffenden WR in diesem Eintragungsantrag kreditschädigende Äußerungen nur dann untersagt seien, wenn sie in "unzulässiger Weise" erfolgten. In diesem Zusammenhang ließ das BKartA völlig offen, in welchen Fällen seiner Ansicht nach "besondere Umstände" vorlägen, die eine derartige Äußerung als unlauter erscheinen ließen. Es wies lediglich darauf hin, daß sich die Beteiligten bei dieser Frage mit der Rechtsprechung zu §§ 3,14 UWG auseinanderzusetzen haben werden. Diese allgemeine Fassung der Regel sei jedoch geeignet, die Lauterkeit der Werbung i. S. d. § 28 Abs. II GWB (a. F.) zu fördern.[101]

Das Amt ging also hier davon aus, daß die Formel "in unzulässiger Weise" nicht ausreiche, um anzunehmen, daß durch die WR einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten entgegengewirkt werde.

b) Landeskartellbehörden

aa) Werbegeschenke

Die LKartBn mußten bei 3 Eintragungsanträgen die Zulässigkeit von WRn prüfen, die sich mit Werbegeschenken befaßten.[102] Dabei enthält die betreffende Regel in "Fliesenregeln" das Verbot, Geschenke zu gewähren, die gesetzlich unzulässig sind, nämlich solche, die gegen die Bestimmungen des RabattG und der ZugabeVO verstoßen. Die Behörde trug sie ein mit der Begründung, daß dieses Verhalten mit guter kaufmännischer Sitte nicht zu vereinbaren sei.[103] Obwohl die WR nicht ausdrücklich auch Geschenke an Dritte mit umfaßt,[104] setzte sich

die LKartB mit dem Problem auseinander, ob auch eine Regel dieses Inhalts eintragungsfähig sei und bejahte dies unter Hinweis auf die Ausführungen des BKartA in "Kohleneinzelhandel".[105]

Die Regeln der beiden anderen Anträge wurden ebenfalls eingetragen. In beiden Fällen wurden, offensichtlich unter dem Einfluß der Eintragungsbegründungen des BKartA zu diesen WRn, Geschenke als zulässig betrachtet, soweit sie nicht geeignet seien, den damit bedachten Kunden in seinen geschäftlichen Entschließungen unsachlich zu beeinflussen. In der anschließenden Aufzählung wurden, diesem Grundsatz folgend, Werbegeschenke von geringem Wert und Geschenke zu besonderen Anlässen in maßvollen Grenzen als zulässig angesehen. Die LKartB Niedersachsen begründete die Eintragung damit, daß durch die Regel unsachlichen, unsauberen oder unfairen und damit in weiterem Sinne unlauteren Tendenzen im Wettbewerb der Brauereien entgegengewirkt werde.[106] In "Brauerei-Regeln Baden-Württemberg" wurde die Eintragung nicht begründet.

bb) Kreditgefährdung

Die LKartBn hatten in 4 Eintragungsanträgen über WRn zu entscheiden, die kreditschädigende Äußerungen über Mitbewerber verboten.[107] Die Regeln standen in zwei Fällen in Zusammenhang mit der Werbung.[108] Auch hier war der Wortlaut der Regeln nicht einheitlich. Während teilweise herabsetzende oder kreditschädigende Äußerungen schlechthin verboten waren,[108] mußte in "Fliesenregeln" eine kreditschädigende Äußerung nur unterlassen werden, wenn sie "nicht erweislich wahr" ist,[109] in "Nordrheinische Kraftfahrlehrer" nur, wenn sie in "unlauterer Weise", d. h. "ohne berechtigten Grund" erfolgten.[110] In "Fliesenregeln" war weiter die Absicht der Konkurrentenbehinderung Voraussetzung.[111]

Die Regeln wurden ohne Ausnahme von den LKartBn eingetragen. Zur Begründung wurde in "Fliesenregeln" lediglich gesagt, daß diese WR ein Verhalten verbiete, das mit guter kaufmännischer Sitte nicht vereinbar sei.[112] In "Niedersächsische Brauereien" findet sich eine Begründung, die die Behörde pauschal für sämtliche Regeln gebrauchte, nämlich, daß sie eintragungsfähig seien, weil sie unlauteren Tendenzen im Wettbewerb der Brauereien entgegenwirkten,[113] während die Eintragung der übrigen Eintragungsanträge nicht begründet wurde.

Zusammenfassung

Das BKartA hielt alle WRn für zulässig, die Geschenke schlechthin oder unter besonderen Voraussetzungen verbieten. Es begründete die Eintragung damit, daß es unzulässig sei, durch Werbegeschenke die freie Entschließung des Kunden zu beeinflussen und nahm somit offenbar einen Verstoß gegen § 1 UWG an. Die Eintragung der Regel, die Werbegeschenke schlechthin verbot, wurde nicht begründet. Im übrigen wurde, soweit die WR darauf abstellt, daß die Vorteilsgewährung nicht gesetzlich unzulässig sein darf, die Zulässigkeit der Eintragung mit diesen gesetzlichen Bestimmungen gerechtfertigt. Hinsichtlich des Verbots der Gewährung von Warenproben über ein gewisses Maß hinaus wies das Amt darauf hin, daß Warenproben nicht in Wahrheit Werbegeschenke sein dürften.

Die LKartBn begründeten die in jedem Falle erfolgte Eintragung dieser WRn entweder damit, daß das in ihr aufgeführte Verhalten mit guter kaufmännischer Sitte nicht zu vereinbaren sei, oder die Behörde war der Ansicht, daß durch die Regel unlauteren Tendenzen entgegengewirkt werde.

Soweit in den Regeln auch übermäßige Aufwendungen bei Werbeveranstaltungen als unzulässig angesehen wurden, wurde die Eintragung ebenfalls damit begründet, daß die Entscheidungsfreiheit des Kunden nicht beeinträchtigt werden dürfe und ein solcher Kaufzwang gegen § 1 UWG verstoße. Teilweise wurde auch eine "Förderungsregel" angenommen oder darauf hingewiesen, daß, wenn die Aufwendungen vom Zustandekommen eines Kaufvertrages abhängig gemacht werden würden, bereits ein Verstoß nach der ZugebeVO vorliege. -Die LKartBn hatten über WRn dieses Inhalts nicht zu entscheiden.

Das BKartA hielt auch WRn für zulässig, die kreditschädigende Äußerungen über Mitbewerber untersagen, wobei es die Eintragung entweder damit begründete, daß ein derartiges Verhalten gegen die guten Sitten verstoße, teilweise nahm es Bezug auf § 14 UWG oder § 824 BGB. Lediglich in einem Falle nahm es wegen der allgemeinen Fassung der WR eine "Förderungsregel" an. In einigen Eintragungsbeschlüssen wies das Amt ausdrücklich darauf hin, daß es auch wahre, aber kränkende und herabsetzende Behauptungen über den Konkurrenten für sittenwidrig halte.

Die LKartBn trugen Regeln dieser Art ebenfalls ein. Nur in einem Falle wurde in der Eintragungsbegründung gesagt, daß ein solches Verhalten mit guter kaufmännischer Sitte nicht vereinbar sei. Im übrigen wurden die Eintragungen nicht begründet.

Anhang: Fußnoten zu Teil III, 4. Kapitel, 2. und 3.

1) nur nicht in "Elektroleuchten", WuW/E BKartA 1523 ff.
2) "Markenspirituosen", Regeln § 4 und § 5, s. o. Teil III, 4. Kapitel, 2., a), ee) S. 135 ff.
3) z. B. in "Diätetische Lebensmittelindustrie" in 9 Einzelregeln
4) "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 97 (Regel § 3 Nr. 7)
"ZuK", WuW/E BKartA 312 (Regel 4)
"Kfz-Handel", WuW/E BKartA 611 (Regel § 6 c)
"Bauindustrie", WuW/E BKartA 587 f. (Regel 7 S. 1 u. 2)
"Immobilienmakler", WuW/E BKartA 720 (Regel 2 Abs. I)
"Diätetische Lebensmittelindustrie", WuW/E BKartA 806 (Regeln B Nr. 1 b, 1 f)
"Flüssiggas-Großvertriebe", WuW/E BKartA 874 (Regel § 2 Nr. 1 b)
"Schälmühlen", WuW/E BKartA 904 (Regel III Nr. 6)
"Büromaschinen", WuW/E BKartA 1093 (Regel § 9 Abs. I u. II)
"Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1166 (Regel § 4 Nr. 1 b)
"Versandhandel", WuW 67, 492 (Regel 2 Nr. 1 der "Ergänzungen")
"Baustoffhändler", WuW 67, 582 (Regel § 10 Nr. 1)
"Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1330 (Regel § 8 Nr. 1)
5) "ZuK", WuW/E BKartA 311; "Flüssiggas-Großvertriebe", WuW/E BKartA 877; "Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1169
6) WuW/E BKartA 616; WuW/E BKartA 907
7) WuW/E BKartA 1100; so auch in "Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1348
8) "Bauindustrie", WuW/E BKartA 596 f.; "Immobilienmakler", WuW/E BKartA 722;
in "Kfz-Handel" sah das Amt in den unrichtigen Angaben auch über persönliche Verhältnisse einen Verstoß gegen § 3 UWG, vgl. WuW/E BKartA 616;
in Versandhandel wurde die Eintragung dieser Regel (Regel 2 der "Ergänzungen", WuW 67, 492) nicht begründet;
in "Diätetische Lebensmittelindustrie" wurden nur zur Täuschung geeignete Angaben über persönliche Verhältnisse durch die betreffenden Regeln erfaßt. Die Eintragung wurde mit der Rechtsprechung zu §§ 1, 3 UWG, sowie zu § 4 Abs. III LMG begründet, vgl. WuW/E BKartA 809, 810.
9) "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 611 (Regel § 6 a)
"Automatenindustrie", WuW/E BKartA 1111 (Regel § 2 S. 2)
"Lackindustrie", WuW/E BKartA 1117 (Regel 1. 1)
"Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1166 (Regel § 4 Nr. 1 a)
"Versandhandel", WuW/E BKartA 1186 (Regel 4 Nr. 2 a)
10) "Versandhandel", WuW/E BKartA 1188 (hinsichtlich Regel 4 Nr. II a)

11) "Lackindustrie", WuW/E BKartA 1119
"Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1169
12) "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 616
13) WuW/E BKartA 1113 f.
14) "ZuK", WuW/E BKartA 312 (Regel 3 Nr. 5)
"Kfz-Handel", WuW/E BKartA 611 (Regel § 5 Abs. II)
"Immobilienmakler", WuW/E BKartA 720 (Regel 4)
"Büromaschinen", WuW/E BKartA 1092 f. (Regeln § 5 Abs. II u. § 9 Abs. IV)
"Versandhandel", WuW/E BKartA 1186 (Regel 3 Nr. 2)
"Baustoffhändler", WuW/E BKartA 1214 (Regel § 8 u. § 9 Nr. 2)
"Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1329 (Regel § 4 Nr. 3)
15) "ZuK", a. a. O.; "Baustoffhändler", a. a. O. (Regel § 9 Nr. 2);
"Tapetenhandel", a. a. O.
16) "Immobilienmakler", a. a. O.; "Büromaschinen", a. a. O.
17) "Baustoffhändler", a. a. O. (Regel § 8)
18) "Kfz-Handel", a. a. O.; "Büromaschinen", a. a. O. (Regel 5 Abs. II);
"Versandhandel", a. a. O.
19) WuW/E BKartA 311; bei der gleichlautenden WR in "Baustoffhändler" (Regel 9 Nr. 2) wurde auf diesen Eintragungsbeschluß Bezug genommen, vgl. WuW/E BKartA 1216
20) WuW/E BKartA 1100; so auch die Begründung in "Immobilienmakler" unter Bezug auf das "Gebot klarer Werbung" (WuW/E BKartA 722).
21) WuW/E BKartA 1216; ähnlich in "Tapetenhandel": die WR bekämpfe wettbewerbswidriges Verhalten (WuW/E BKartA 1346) und "Kfz-Handel": Die WR wirke der Gefahr entgegen, daß es bei den Abnehmern zu falschen Vorstellungen über die Höhe der Kreditkosten kommt (WuW/E BKartA 615 unter Hinweis auf LG Mainz vom 5. 11. 1959, BB 1960, 461).
22) s. dazu oben Teil III, 4. Kapitel, 2., a), gg) S. 138 ff.
23) vgl. FN 18
24) "Büromaschinen", WuW/E BKartA 1098
25) "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 615; "Versandhandel", WuW/E BKartA 1187
26) WuW/E BKartA 807 (Regeln B Nr. 1 e, 1 g)
27) WuW/E BKartA 1117 f. (Regeln 1. 4, 1. 5)
28) a. a. O. (Regeln B Nr. 1 e, 1. 4)
29) a. a. O. (Regel B Nr. 1 e)
30) a. a. O. (Regel 3 Nr. 1 g)
31) a. a. O. (Regel 1. 4 b)
32) a. a. O. (Regel 1. 5)
33) "Diätetische Lebensmittelindustrie", WuW/E BKartA 810
34) "Lackindustrie", WuW/E BKartA 1119

35) "Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1167 (Regel § 4 Nr. 4)
"Markenspirituosen", WuW/E BKartA 1235 f. (Regeln § 4 und § 5)
36) s. hierzu oben Teil I, S. 13 f.
37) vgl. WuW/E BKartA 1240 (Regeln § 4 und § 5 in der endgültigen Fassung)
38) WuW/E BKartA 1239 mit dem Hinweis, daß die WRn allgemeine Bestimmungen enthalten und es nicht darauf ankommen könne, daß das von ihnen erfaßte Verhalten in jedem konkreten Einzelfall wettbewerbswidrig sein würde (a. a. O.); s. auch TB 1968, S. 72
39) WuW/E BKartA 1240
40) a. a. O. (Hervorhebung vom Verf.); TB a. a. O.
41) WuW/E BKartA 1240
42) WuW/E BKartA 1169
43) WuW/E BKartA 1240
44) "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 610 (Regel § 4)
"Immobilienmakler", WuW/E BKartA 720 (Regel 8 S. 3)
"Büromaschinen", WuW/E BKartA 1092 (Regeln § 6 u. § 7)
"Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1330 (Regel § 8 Nr. 2 c)
45) "Kfz-Handel", a. a. O. (Regel § 4 Abs. I)
46) "Kfz-Handel", a. a. O. (Regel § 4 Abs. II)
"Büromaschinen", a. a. O. (Regel § 6); "Tapetenhandel", a. a. O.
47) "Immobilienmakler", a. a. O.
48) "Büromaschinen", a. a. O. (Regel § 7)
49) "Büromaschinen", WuW/E BKartA 1098; "Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1349
50) "Büromaschinen", WuW/E BKartA 1099; "Tapetenhandel", a. a. O. unter Hinweis auf Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., Band I, Anm. 133 ff. zu § 1 UWG.
51) WuW/E BKartA 615
52) WuW 1969, 15 (Regel § 8 Abs. II c), (Hervorhebung vom Verf.)
"Büromaschinen", s. FN 44 (Regel § 6)
53) WuW/E BKartA 1349,(Hervorhebung vom Verf.)
54) s. FN 44, (Hervorhebung vom Verf.)
55) s. o. Teil III, 4. Kapitel, 2., a), ff) S. 137
56) vom 9. 10. 1956, NJW 57, 187 f.
57) "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 614 f.
58) s. FN 44
59) WuW/E BKartA 1099
60) WuW/E BKartA 723 unter Hinweis auf Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., § 1 UWG, Anm. 55
61) "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 611 (Regel § 6, Vorwort)

"Diätetische Lebensmittelindustrie", WuW/E BKartA 806 (Regel B Nr. 1)
"Automatenindustrie", WuW/E BKartA 1111 (Regel § 2 S. 1)
"Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1166 (Regel § 4 Nr. 1)

62) WuW/E BKartA 808 f. unter Hinweis auf Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., Anm. 5 zu § 1 UWG; so auch "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 615 f.

63) WuW/E BKartA 1114, wobei das Amt keinen Unterschied in der Begründung zwischen dem generellen Verbot irreführender Werbung und den Einzeltatbeständen machte.

64) s. FN 62

65) WuW/E BKartA 616 unter Hinweis auf BGH vom 11. 1. 1955, GRUR 55, 411, 414

66) a. a. O., (Hervorhebung vom Verf.); in "Hefeindustrie" wurde die Eintragung nicht begründet.

67) "Niedersächsische Brauereien", WuW/E LKartB 79 (Regel § 5 mit Ausnahme der Nr. 2. 1 und 3)
"Nordrheinische Kraftfahrlehrer", WuW/E LKartB 94 (Regeln III, Nr. 3, 6)
"Brauerei-Regeln Baden-Württemberg", WuW 66, 962 (Regel § 6, Nr. 2, 2. u. 3.)

68) WuW/E LKartB 80 f.

69) "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 97 (Regeln § 3 Nr. 4 u. 5)
"Diätetische Lebensmittelindustrie", WuW/E BKartA 807 f. (Regeln 8 Nr. 2 a, C Nr. 1 b, c, d, e)
"Schälmühlen", WuW/E BKartA 903 (Regel III Nr. 4)
"Lackindustrie", WuW/E BKartA 1118 (Regeln 4. 1 Abs. I, 4. 3)
"Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1166 f. (Regeln § 4 Nr. 2 u. 3, § 5)
"Baustoffhändler", WuW 67, 582 (Regel § 10 Nr. 2 b)
"Markenspirituosen", WuW/E BKartA 1236 (Regel § 6)

70) "Baustoffhändler", a. a. O.

71) "Diätetische Lebensmittelindustrie", a. a. O. (Regeln C 1 b)

72) "Diätetische Lebensmittelindustrie", a. a. O. (Regeln C 1 b, C 1 c); "Hefeindustrie", a. a. O. (Regel § 5); "Markenspirituosen", a. a. O.

73) "Diätetische Lebensmittelindustrie", a. a. O. (Regeln B 2 a, C 1 d, e)
"Hefeindustrie", a. a. O. (Regeln § 4 Nr. 2)

74) "Schälmühlen", a. a. O.; "Lackindustrie", a. a. O.

75) "Kohleneinzelhandel", a. a. O.

76) "Schälmühlen", a. a. O. und WuW/E BKartA 907; "Lackindustrie", a. a. O. und WuW/E BKartA 1119 unter Hinweis auf Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl. Band I, Anm. 94 ff. zu § 1 UWG

77) "Diätetische Lebensmittelindustrie", a. a. O. (Regeln C 1 b, c); TB 1964, S. 39 und WuW/E BKartA 812. Überraschend ist die zusätzliche Eintragungs-

begründung, es bestünden keine Bedenken gegen die Eintragung der WR, weil die berufenen Standesorganisationen der Ärzte und Hebammen den Regeln zugestimmt haben (a. a. O.)
Die Eintragung der Regel § 5 in "Hefeindustrie" und der Regel § 6 in "Markenspirituosen" wurden nicht begründet.

78) WuW/E BKartA 810 f. hinsichtlich Regel B 2 a

79) WuW/E BKartA 1169

80) WuW/E BKartA 812, hinsichtlich Regeln C 1 d, e

81) "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 102; soweit auch eine Hinhabe von Geschenken an Dritte als unzulässig gekennzeichnet wurde (Regel § 3 Nr. 5) hatte das Amt Zweifel an der Eintragungsfähigkeit. Es trug die Regel aber ein mit dem Hinweis, daß durch Geschenke vielfach das Ziel einer wettbewerbsfremden Willensbeeinflussung verfolgt werde und somit die Hingabe von Geschenken i. d. R. mit den Grundsätzen eines echten Leistungswettbewerbs nur schwer vereinbar sei (a. a. O.); s. hierzu auch oben Teil II, 1. Kapitel, a) S. 35 f. (Anhang FN 17)

82) s. FN 69

83) besonders deutlich in "Schälmühlen", WuW/E BKartA 907 und "Lackindustrie", WuW/E BKartA 1119; vgl. auch "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 619

84) "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 611 (Regel § 11)
"Diätetische Lebensmittelindustrie", WuW/E BKartA 807 (Regeln B Nr. 2 c, C Nr. 1 a, 2)
"Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1167 (Regel § 6 Nr. 7)
in "Hefeindustrie" ist die Übernahme sonstiger unzumutbarer Kosten nicht ausgenommen.

85) "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 619; "Diätetische Lebensmittelindustrie", WuW/E BKartA 811, jeweils unter Bezugnahme auf Baumbach-Hefermehl, 8. Auflage, Anm. 58 ff zu § 1 UWG. In "Hefeindustrie" wurde die WR ohne Begründung eingetragen.

86) d. h. um eine WR des § 28 Abs. II, 2. Alternative GWB (a. F.)
s. o. Anhang zu Teil II, 1. Kapitel, FN 96, S. 39

87) a. a. O. (Hervorhebung vom Verf.)

88) "Diätetische Lebensmittelindustrie", WuW/E BKartA 807 (Regel C 1 a)
"Markenspirituosen", WuW/E BKartA 1236 (Regel § 6 Nr. 3)

89) WuW/E BKartA 812. Mit dieser Begründung wurden sämtliche WRn des Abschnitts C eingetragen; s. auch oben Teil III, 4. Kapitel, 3., a), aa) S. 151 f. (Anhang FN 77)

90) "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 97 (Regel § 3 Nr. 8)
"Kfz-Handel", WuW/E BKartA 611 (Regel § 13)
"Bauindustrie", WuW/E BKartA 587 (Regel 7)
"Immobilienmakler", WuW/E BKartA 720 (Regel 2 Abs. II)

"Flüssiggas-Großvertriebe", WuW/E BKartA 874 (Regel § 2 Nr. 1 b)
"Lackindustrie", WuW/E BKartA 1118 (Regel 3. 1)
"Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1166 (Regel 4 Nr. 1 c)
"Versandhandel", WuW/E BKartA 1187 (Regel 4 Nr. 2 d)
"Baustoffhändler", WuW 67, 582 (Regel § 10 Nr. 2 a)
"Elektroleuchten", WuW/E BKartA 1523 (Regel 2 a)

91) in "Kohleneinzelhandel", "Kfz-Handel", "Lackindustrie" und "Elektroleuchten" ist ein solcher Zusammenhang nicht zu erkennen.

92) "Lackindustrie", a. a. O.; "Hefeindustrie", a. a. O.; "Baustoffhändler", a. a. O.

93) "Kohleneinzelhandel", a. a. O.; "Flüssiggas-Großvertriebe", a. a. O.

94) "Kfz-Handel", a. a. O.; "Versandhandel", a. a. O.

95) "Bauindustrie", a. a. O.; "Immobilienmakler", a. a. O.; "Versandhandel", a. a. O.; "Elektroleuchten", a. a. O.

96) "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 102; "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 619 (hinsichtlich wahrer, kränkender Äußerungen); "Bauindustrie", WuW/E BKartA 596; "Immobilienmakler", WuW/E BKartA 722

97) "Kfz-Handel", a. a. O. (bezüglich unwahrer Äußerungen) "Flüssiggas-Großvertriebe", WuW/E BKartA 877; "Lackindustrie", WuW/E BKartA 1119; "Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1169. In "Versandhandel" findet sich nur der allgemeine Hinweis, daß sich die Regel im Rahmen des UWG halte (WuW/E BKartA 1188); ebenso in "Elektroleuchten", wo sich nur der kurze Hinweis findet, daß die Regel "allgemein anerkannte Grundsätze des Wettbewerbsrechts" enthalte, WuW/E BKartA 1524.

98) "Immobilienmakler", a. a. O.; "Flüssiggas-Großvertriebe", a. a. O. Die Eintragung der WR in "Baustoffhändler" wurde nicht begründet.

99) "Kfz-Handel", a. a. O., unter Hinweis auf RGZ 166, 14; "Bauindustrie", a. a. O.; "Immobilienmakler", a. a. O., beide unter Hinweis auf Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl. § 1 UWG Rdn. 8 und 15

100) "Versandhandel", a. a. O.

101) WuW/E BKartA 877; in "Kfz-Handel" findet sich dagegen ein Hinweis, daß kränkende und herabsetzende Äußerungen als Abwehr gegen einen unberechtigten Angriff eines Mitbewerbers gerechtfertigt seien, WuW/E BKartA 619 unter Hinweis auf Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl. Rdn. 143 und 146 zu § 1 UWG.

102) "Fliesenregeln", WuW/E LKartB 64 (Regel § 3 Nr. 4)
"Niedersächsische Brauereien", WuW/E LKartB 79 (Regel § 6)
"Brauerei-Regeln Baden-Württemberg", WuW 66, 962 (Regel § 7)

103) WuW/E LKartB 68

104) wie die Regel § 3 Nr. 5 des "Kohleneinzelhandels", s. FN 69

105) WuW/E LKartB a. a. O.; s. FN 81

106) WuW/E LKartB 80 f.

107) "Fliesenregeln", WuW/E LKartB 64 (Regel § 3 Nr. 5)
"Niedersächsische Brauereien", WuW/E LKartB 79 (Regel § 5 Nr. 2. 1.)
"Nordrheinische Kraftfahrlehrer", WuW/E LKartB 94 (Regel III Nr. 4)
"Brauerei-Regeln Baden-Württemberg", WuW 66, 962 (Regel § 6 Nr. 2. 1.)

108) "Niedersächsische Brauereien", a. a. O.; "Brauerei-Regeln Baden-Württemberg", a. a. O.

109) a. a. O.

110) a. a. O.

111) a. a. O.

112) WuW/E LKartB 68

113) WuW/E LKartB 80 f.

5. KAPITEL
Wettbewerbsregeln, die eine Irreführung der Kunden verbieten

a) Bundeskartellamt

In den meisten Eintragungsanträgen waren eine oder mehrere Regeln enthalten, die eine Irreführung der Kunden untersagen. [1] Sie unterscheiden sich von den WRn, die eine irreführende Werbung verbieten, im wesentlichen nur dadurch, daß hier die Irreführung eben nicht bei der Werbung geschieht, sondern in fast allen Fällen bei der Abgabe von Angeboten gegenüber dem Kunden.

Sämtliche beantragten WRn wurden vom BKartA eingetragen. Ihr Wortlaut berücksichtigt jeweils die Besonderheiten der Branche, für die die Regel gelten soll. Ein Vergleich kann aus diesem Grunde nicht vorgenommen werden.

Das BKartA begründete die Eintragungen überwiegend damit, daß Angebote, die den Kunden irreführten, oder die Gefahr einer Irreführung beinhalteten, wettbewerbswidrig bzw. mit dem Grundsatz eines wahren Wettbewerbs nicht zu vereinbaren seien, [2] in "Lackindustrie" und "Büromaschinen" wurde darauf hingewiesen, daß die Regeln den Grundsatz des § 3 bzw. § 16 UWG konkretisiere. [3] In "Versandhandel" führte das Amt aus, die Regel diene dem Grundsatz der Preiswahrheit und -klarheit, bzw. die WR halte sich im Rahmen des UWG. [4] Teilweise wurde die Eintragung überhaupt nicht begründet. [5]

Interessant ist die Auffassung des BKartA in "Bauindustrie": Es hatte hier Bedenken, die ursprüngliche Fassung der Regel 5 Abs. I einzutragen. In ihr sollten besonders niedrige, in eindeutigem Mißverhältnis zur geforderten Leistung stehende Preisangebote bekämpft werden, die in der Absicht abgegeben werden, später, während der Ausführung des Auftrages, einen Preisausgleich durch unerwartete Nachforderungen oder vertragswidrige Sachmängel zu erreichen. [6] Ein solches Verhalten, so meinte das Amt, sei zwar eine zu mißbilligende Vertragsverletzung. Eine Vertragsverletzung sei aber als solche noch keine unlautere Wettbewerbshandlung und eine darauf abzielende "verwerfliche" Absicht könne allein noch keine Sittenwidrigkeit begründen. [7] Außerdem hätte die Anwendung dieser Regel leicht zu einer unmittelbaren Behinderung zulässigen Preiswettbewerbs führen können, indem sie die Möglichkeit geboten hätte, unverhältnismäßig niedrige Preisangebote vorzeitig als unlauter zu qualifizieren und auszuschließen. [8]

Andererseits trug das Amt in diesem Beschluß eine Regel ein, nach der es guter kaufmännischer Sitte entspricht, den Auftraggeber auf Mängel in den Verdingungsunterlagen hinzuweisen, die zu einer unwahren oder unklaren Preisgestaltung führen könnten. [9] Das BKartA wies ausdrücklich darauf hin, daß hier nicht

der Tatbestand der absichtlichen Irreführung erfaßt werde. Die Regel sei aber eintragungsfähig, weil sie den besonderen Verfahrensregeln und Ordnungsgrundsätzen in der Bauwirtschaft Rechnung trage. Ein Verstoß gegen derartige Verfahrensregeln und Ordnungsgrundsätze sei aber wettbewerbswidrig.[10)]

Die Gegenüberstellung der Eintragungsbegründungen zu diesen beiden Regeln in demselben Beschluß zeigt, daß das BKartA Angebote, die die Gefahr einer Irreführung von Kunden beinhalten, (dazu gehören unzweifelhaft auch Angebote i. S. der ursprünglichen Fassung der Regel 5 Abs. I der "Bauindustrie", weil der Kunde bei Vertragsabschluß mit der ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages zum festgesetzten Preis rechnet), nicht schlechthin als wettbewerbswidrig ansah, sondern nur dann, wenn das Angebot für sich betrachtet bereits irreführend sei.[11)] Es reiche also nach Meinung des Amtes nicht aus, wenn der Anbieter darüber täusche, daß es den Vertrag so erfülle, wie im (nicht manipulierten) Angebot versprochen. Andererseits rechtfertige nach Ansicht des Amtes die Besonderheit einer Branche die Eintragung einer WR, die bei der bloßen Möglichkeit, ein Abnehmer werde bei Angeboten, die unbeabsichtigt unklar sind, irregeführt, eine Aufklärungspflicht statuiert.[12)]

b) Landeskartellbehörden

Die LKartBn hatten bei 4 Eintragungsanträgen über die Zulässigkeit von WRn zu entscheiden, die eine Irreführung von Kunden untersagen.[13)] Sämtliche Regeln wurden eingetragen. Soweit die Eintragung näher begründet wurde, begnügte sich die Behörde damit, festzustellen, daß im konkreten Falle eine Irreführung vorliege,[14)] betrachtete die Regel als geeignet, wettbewerbswidrigem Handeln vorzubeugen,[15)] oder wies auf das Irreführungsverbot der §§ 1, 3 UWG hin.[16)]

Erwähnenswert ist die Aussage des nordrheinwestfälischen Ministers für Wirtschaft, Mittelstand und Verkehr, der die Regel § 5 a. F. der "Fliesenregeln"[17)] als nicht eintragungsfähig ansah. Die in Absatz I Satz 1 dieser WR aufgestellte Behauptung, Submissionen bauten auf dem Grundsatz der Wettbewerbsgleichheit auf, sei eine durchaus anfechtbare Behauptung. Jedenfalls sei die in Satz 2 gezogene Folgerung, daß Leistungsverzeichnisse nur so ausgefüllt werden dürfen, wie es in den einzelnen Positionen des Leistungsbeschriebs vorgeschrieben ist, kein Lauterkeitsgrundsatz.[18)] Satz 2 für sich betrachtet, also ohne Folgerung des Satzes 1, sei aber nach Meinung der Behörde eintragungsfähig, weil Irreführungen und Täuschungen hierdurch vermieden werden sollten.[19)]

Für die Regel § 5 a. F. Absatz II verlangte die LKartB, daß klar herausgestellt werde, daß Wahlverschiebungen nur dann unlauter seien, wenn sie zur Kunden-

täuschung geeignet seien, oder eine solche Täuschung bezweckten.[20] Auch Regel § 5 Abs. III a. F., die verlangte, daß ein Hinweis im Angebot erforderlich ist, falls nicht die erste Wahl im Leistungsbeschrieb kalkuliert wurde, wurde durch Empfehlung der Behörde so geändert, daß deutlich war, daß es sich um eine Anregung handelt.[21]

Zusammenfassung

Das BKartA genehmigte sämtliche WRn, die eine Irreführung von Kunden untersagen. Die Eintragung wurde damit begründet, daß Angebote, die irreführend sind, oder eine Gefahr der Irreführung beinhalten, wettbewerbswidrig seien. Voraussetzung sei allerdings, daß das jeweilige Angebot bereits für sich gesehen irreführend sei. Es genüge nicht, wenn der Anbieter bei der Angebotsabgabe spätere Vertragsverletzungen in seine Überlegungen mit einbeziehe. Die Besonderheiten einer Branche rechtfertigten jedoch auch die Eintragung von WRn, die bei unbeabsichtigt unklarem Angebot eine Aufklärungspflicht statuieren.

Auch die LKartBn trugen alle beantragten WRn dieses Inhalts ein. In der Begründung folgten sie dem BKartA. In einem Eintragungsbeschluß wies die Behörde darauf hin, daß es Inhalt einer Regel sein könne, daß, um Irreführungen zu vermeiden, Leistungsverzeichnisse nur so ausgefüllt werden dürfen, wie es in den einzelnen Positionen des Leistungsbeschriebs vorgeschrieben ist. Dieser Satz sei aber nach Meinung der Behörde nicht eintragungsfähig, wenn nicht die Irreführung entscheidend sein sollte, sondern die WR lediglich eine Folgerung der zu Recht oder zu Unrecht vorausgesetzten Wettbewerbsgleichheit darstelle.

Anhang: Fußnoten zu Teil III, 5. Kapitel

1) "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 97 (Regel § 3 Nr. 6)
"Kfz-Handel", WuW/E BKartA 611 (Regel § 5 Abs. I)
"Bauindustrie", WuW/E BKartA 587 (Regel 5)
"Immobilienmakler", WuW/E BKartA 720 (Regeln 2 Abs. II, 5)
"Schälmühlen", WuW/E BKartA 903 (Regel III Nr. 3)
"Büromaschinen", WuW/E BKartA 1092 (Regel § 5 Abs. I)
"Automatenindustrie", WuW/E BKartA 1112 (Regeln 4 Abs. II, 5)
"Lackindustrie", WuW/E BKartA 1117 f. (Regeln 1. 1, 1. 3, 3. 2, (4. 4 b), 6)
"Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1166 (Regel § 2 Nr. 2, Abs. II)
"Versandhandel", WuW/E BKartA 1186 (Regeln 3 Nr. 1, 4 Nr. 2 b, 3 Nr. 1 der "Ergänzungen" und WuW 67, 492 (Regel 2 Nr. 1, S. 1, 2. HS, Regel 1 der "Erg. ")
"Markenspirituosen", WuW/E BKartA 1236 (Regel § 7)
WuW 68, 350 (Regel § 12, später Regel § 10)
"Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1329 f. (Regeln § 3 Nr. 2, § 5, § 6)
"Elektroleuchten", WuW/E BKartA 1523 f. (Regeln 2 b, 3 a)

2) "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 102; wohl auch in "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 615, obwohl hier nur gesagt wurde, daß die Regel den Zweck des § 28 Abs. II GWB (a. F.) erfülle; "Bauindustrie", WuW/E BKartA 594 f. ; "Immobilienmakler", WuW/E BKartA 722, 722 f. ; "Schälmühlen", WuW/E BKartA 907; "Automatenindustrie", WuW/E BKartA 1115; "Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1344 f. , 1347; "Elektroleuchten", WuW/E BKartA 1524 f. unter Hinweis auf Baumbach-Hefermehl, 10. Aufl. Band I, Anm. 349 ff. zu § 1 UWG.

3) WuW/E BKartA 1119 (hinsichtlich Regeln 1. 1, 1. 3, 3. 2); WuW/E BKartA 1098

4) WuW/E BKartA 1187, 1188 (hinsichtlich Regel 3 Nr. I sowie 4 Nr. 2 b)

5) "Automatenindustrie" (Regel 5 Abs. II); "Lackindustrie" (Regel 6); "Versandhandel" (Regel 1 der "Ergänzungen"); "Markenspirituosen" (Regel § 10)

6) WuW 60, 853

7) WuW/E BKartA 594 unter Hinweis auf Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl. , Anm. 64 Einl. UWG

8) a. a. O.

9) WuW/E BKartA 587 (Regel 5 Abs. II)

10) WuW/E BKartA 594 f.

11) besonders deutlich in "Bauindustrie" hinsichtlich der Begründung der geänderten Fassung der Regel 5 Abs. I, WuW/E BKartA 594

12) so auch in "Automatenindustrie" hinsichtlich Regel § 5 Abs. I, vgl. WuW/E BKartA 1115 f. unter Hinweis auf OLG Frankfurt, NJW 1964, 256 f., Nr. 13.
13) "Fliesenregeln", WuW/E LKartB 64 f. (Regeln § 3 Nr. 2, § 4)
"Niedersächsische Brauereien", WuW/E LKartB 78 (Regel § 3 Nr. 2)
"Nordrheinische Kraftfahrlehrer", WuW/E LKartB 94 (Regeln Art. II Abs. II, Art. IV)
"Brauerei-Regeln Baden-Württemberg", WuW/E LKartB 138 (Regeln § 3 Nr. 1, S. 4, § 5)
14) "Nordrheinische Kraftfahrlehrer", WuW/E LKartB 95, 96
15) "Brauerei-Regeln Baden-Württemberg", WuW/E LKartB 140 (hinsichtlich Regel § 3 Nr. 1, S. 4)
16) "Brauerei-Regeln Baden-Württemberg", WuW/E LKartB 140 (hinsichtlich Regel § 5)
17) WuW 61, 404
18) WuW/E LKartB 68
19) vgl. Regel § 4 Abs. I, n. F., WuW/E LKartB 65
20) WuW/E LKartB 68, vgl. Regel § 4 Abs. II, n. F.
21) WuW/E LKartB 69, vgl. Regel § 4 Abs. III, n. F.

6. KAPITEL
Wettbewerbsregeln, die den Vertragsbruch bzw. das Verleiten zum Vertragsbruch oder das Ausnutzen der Vertragsumgehung untersagen

a) Bundeskartellamt

WRn dieses Inhalts finden sich in 4 Eintragungsanträgen.[1] Nur in einem einzigen Fall wurden in der Regel die Vertragsparteien selbst angesprochen, indem die Verpflichtung für die durch den Preisbindungsvertrag Gebundenen ausgesprochen wurde, eine wirksam zustande gekommene Preisbindung für die Dauer ihrer Verbindlichkeit einzuhalten.[2] Im übrigen ist es nach dem Wortlaut der Regel Dritten verboten, in bestehende Vertragsverhältnisse mit der Absicht der Verleitung zum Vertragsbruch einzuwirken.

Das BKartA trug alle beantragten Regeln ein. Begründet wurde dies, soweit es die Verleitung zum Vertragsbruch und die Einhaltung der Preisbindung von den durch Preisvertrag Gebundenen angeht, teilweise mit § 1 UWG, weil Verleiten zum Vertragsbruch sittenwidrig sei,[3] ebenso wenn die Preisbindung von den Gebundenen nicht eingehalten werde, weil hier ein vertragsverletzendes Verhalten als Mittel benutzt werde, um gegenüber vertragstreuen Händlern einen Vorsprung zu erreichen.[4] In "Immobilienmakler" wies das Amt darauf hin, daß durch ein derartiges Verhalten eines Maklers, der von der Erteilung eines Alleinauftrags an einen anderen Makler Kenntnis habe,[5] das Vertrauen des Publikums zum Berufsstand beeinträchtigt und dessen Ansehen herabgesetzt werde. Hierin sah das BKartA bereits ein sittenwidriges Verhalten, weil damit in ein bereits abgeschlossenes, mit dem Abschluß dem Wettbewerb entzogenes Geschäft eingedrungen werde und der Auftraggeber in eine zum Schadensersatz verpflichtende Situation gebracht werden könne.[6]

Beachtung verdient die Eintragungsbegründung der Regel 2 Nr. 4 der "Flüssiggas-Großvertriebe":[7] Diese WR unterscheidet sich im Wortlaut von den anderen, in diesem Zusammenhang zu behandelnden, dadurch, daß der Vertriebsstelleninhaber zwar dem Schein nach die im Vertriebsvertrag mit dem Großverteiler enthaltene Ausschließlichkeitsbindung einhält, aber sie dadurch umgeht, daß ein anderer Großverteiler, der die Umgehung kennt, zu diesem Zwecke Verträge mit Familien- bzw. Betriebsangehörigen schließt, von denen der Vertriebsstelleninhaber dann einen Teil des Flüssiggases bezieht.

Das BKartA argumentierte hier zunächst ökonomisch: Nachdem der Großverteiler auch hier einen Teil seines Umsatzes einbüße, wirke sich die Umgehungshandlung wirtschaftlich wie Vertragsbruch aus. Bloßes Ausnutzen eines Vertragsbruches ohne

aktive Teilnahme daran sei aber nicht sittenwidrig.[8] Im vorliegenden Falle müsse aber berücksichtigt werden, daß der Großverteiler durch Vertragsumgehung stärker geschädigt werde, als durch offenen Vertragsbruch, weil eine Umgehungshandlung schwerer zu erkennen und schwerer zu beweisen sei. Das Ausnutzen der Schädigung eines Konkurrenten, die durch Umgehung eingegangener Vertragspflichten eintrete, könne daher anders beurteilt werden, als die bloße Ausnutzung offenen Vertragsbruchs. Ein solches Verhalten enthalte zumindest eine Tendenz zur Unlauterkeit und sei deshalb als WR eintragungsfähig.[9]

b) Landeskartellbehörden

Die LKartBn hatten sich in 2 Eintragungsbeschlüssen mit WRn zu befassen, die bestimmte, den Vertragsbruch betreffende Verhaltensweisen untersagen.[10] Dabei wurden in beiden Fällen die Inhalte der WRn, die dem BKartA vorgelegt wurden, zusammengefaßt und noch darüber hinausgegangen. Die Regeln enthalten folgende Tatbestände:

1. Verbot des Verleitens zum Vertragsbruch.
2. Verbot der sittenwidrigen Ausnutzung fremden Vertragsbruchs.
3. Verpflichtung zur Respektierung bestehender Verträge, wenn nicht ihre Nichtigkeit von ordentlichen Gerichten oder Schiedsinstanzen festgestellt worden ist, bzw. der Vertrag nicht nach § 18 GWB für unwirksam erklärt worden ist. — Frist von frühestens 6 Monaten vor Ablauf eines noch laufenden Vertrags für die Schließung neuer Verträge.
4. Verpflichtung zur Hinwirkung auf eine Vertragslösung, wenn entgegen Nr. 3 ein Vertrag abgeschlossen wurde.

In "Brauerei-Regeln Baden-Württemberg" ist auch die Vertragsumgehung als unzulässig aufgeführt.[11]

Während in "Niedersächsische Brauereien" nur ganz allgemein die Zulässigkeit sämtlicher WRn bejaht wurde,[12] führte das Wirtschaftsministerium Baden-Württemberg aus, daß die Regel die in der Rechtspraxis entwickelten Grundsätze wiedergebe. Soweit Verpflichtungen aufgestellt seien, die über diese Grundsätze hinausgingen, dienten diese dazu, dem Respektierungsgebot auch seinem Sinne nach Geltung zu verschaffen.[13]

In keinem der Eintragungsbeschlüsse wurde auf das Verbot der sittenwidrigen Ausnutzung eines fremden Vertragsbruchs eingegangen, obwohl das BKartA be-

tonte, daß bloßes Ausnutzen eines Vertragsbruchs nicht sittenwidrig sei.[14] Der Grund dürfte darin liegen, daß hier ausdrücklich von "sittenwidriger" Ausnutzung die Rede ist und somit § 1 UWG angesprochen ist.

Zusammenfassung

Das BKartA trug alle WR ein, die sich mit dem Vertragsbruch befassen. Das Verhalten zum Vertragsbruch sei sittenwidrig - ebenso der Vertragsbruch selbst, wenn das vertragsverletzende Verhalten als Mittel benutzt werde, um gegenüber vertragstreuen Händlern einen Vorsprung zu erreichen.

Das bloße Ausnutzen fremden Vertragsbruchs sei nach Ansicht des Amtes nicht sittenwidrig. Allerdings sei das Verbot von Umgehungshandlungen, die sich wirtschaftlich wie Vertragsbruch auswirken, bei Kenntnis dessen, der diese Handlungen vornehme, eintragungsfähig, denn ein solches Verhalten enthalte zumindest die Tendenz zur Unlauterkeit, weil Vertragsumgehungen schwerer zu erkennen und zu beweisen seien und somit eine stärkere Schädigung des anderen Teils eintrete.

Die LKartBn schlossen sich in den Begründungen dem BKartA an, wobei auch WRn als eintragungsfähig angesehen wurden, die dem Respektierungsgebot auch seinem Sinne nach Geltung verschafften.
Das Verbot der sittenwidrigen Ausnutzung fremden Vertragsbruchs wurde eingetragen.

Anhang: Fußnoten zu Teil III, 6. Kapitel

1) "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 610 (Regel § 2 Abs. I)
"Immobilienmakler", WuW/E BKartA 720 (Regel 2 Abs. II, S. 2)
"Flüssiggas-Großvertriebe", WuW/E BKartA 874 (Regeln § 2 Nr. 3, Nr. 4)
"Baustoffhändler", WuW/E BKartA 1213 (Regel § 6)
In "Kohleneinzelhandel", WuW/E BKartA 97 (Regel § 3 Nr. 3 c), "ZuK", WuW/E BKartA 312 (Regel 3 Nr. 3) und "Schälmühlen", WuW/E BKartA 903 (Regel II Nr. 1, 2. Alt.) finden sich WRn, die eine Abweichung von den Listenpreisen untersagen, falls durch sittenwidrige Ausnutzung eigenen oder fremden Rechtsbruchs ein Vorsprung vor vertragstreuen Mitbewerbern verschafft werden soll. Diese Regeln sind behandelt unter dem Stichwort "Abweichen von der Preisliste im Einzelfall", s. o. Teil III, 2. Kapitel, a) S. 114 ff.
2) "Kfz-Handel", a. a. O.
3) "Flüssiggas-Großvertriebe", WuW/E BKartA 877 (bezügl. Regel 2 Nr. 3)
4) "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 613
5) diese Voraussetzung ist im Verleitungstatbestand bereits enthalten, was das BKartA ausdrücklich feststellte, vgl. "Flüssiggas-Großvertriebe", a. a. O.
6) WuW/E BKartA 722
7) vgl. FN 1
8) WuW/E BKartA 877 unter Hinweis u. a. auf RG 98, 73; 92, 139; vgl. auch TB 1964, S. 16, wo deutlich wird, daß das Amt hinsichtlich Regel 2 Nr. 3 eine Änderung dahingehend verlangte, daß das Ausnutzen des Vertragsbruches nicht mehr darunter fällt.
9) WuW/E BKartA 877 f., TB a. a. O.; zur letztgenannten Problematik der "grauen Zone" s. o. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 50
10) "Niedersächsische Brauereien", WuW/E LKartB 78 (Regel § 2)
"Brauerei-Regeln Baden-Württemberg", WuW/E LKartB 137 (Regel § 2 Nr. 1 bis 3)
11) a. a. O. Es handelt sich inhaltlich um dieselbe WR wie in "Flüssiggas-Großvertriebe" (Regel 2 Nr. 4, s. FN 1)
12) WuW/E LKartB 80 f.
13) WuW/E LKartB 139
14) "Flüssiggas-Großvertriebe", WuW/E BKartA 877, s. o. Teil III, 6. Kapitel, a) S. 160 f.

7. KAPITEL
Verbot von Kopplungsgeschäften

Bundeskartellamt

Das BKartA hatte bei 3 Eintragungsanträgen über die Zulässigkeit von WRn zu entscheiden, die eine Kopplung von Geschäften nicht zulassen.[1] Den Regeln in "Immobilienmakler" und "Lackindustrie" ist gemeinsam, daß sie verbieten, daß ein Abnehmer, der ein bestimmtes Geschäft abzuschließen wünscht, dieses nur unter Übernahme besonderer Verpflichtungen tun kann. So ist es in "Immobilienmakler" nicht zulässig, die Durchführung des Auftrages vom Abschluß solcher Warenumsatzgeschäfte und Dienstleistungen abhängig zu machen, die normalerweise von Immobilien-, Hypotheken- und Finanzmaklern nicht getätigt werden.[2]

Das Amt wies hier zunächst darauf hin, daß die Kopplung von Geschäften an sich nicht wettbewerbswidrig sei und nur unter "besonderen Umständen" mißbräuchlich oder ungesetzlich.[3] Es diene aber der Förderung eines echten Leistungswettbewerbs, wenn Kopplungsgeschäfte, die normalerweise von diesem nicht getätigt werden, als unlauteres Verhalten eines Maklers gewertet werden müssen.[4] Unter Bezugnahme auf das besondere Vertrauensverhältnis, das die Eigenart der Maklertätigkeit voraussetze und auch im Rahmen vertraglicher Beziehungen nicht erzwungen werden könne, sah es das Amt als mit der lauteren Berufsauffassung dieses Berufsstandes nicht vereinbar an, wenn der Makler sein Tätigwerden noch von dem Abschluß eines anderen, sachfremden Geschäftes abhängig mache, oder wenn die Maklertätigkeit nur ein Vorwand sei, um andere, vielleicht lohnendere Geschäfte abzuschließen.[5]

Ein Verstoß gegen die Auffassung eines Berufsstandes sei jedoch nur dann sittenwidrig, wenn sich ein Makler durch ein zielbewußtes und systematisches Handeln über diese Auffassung hinwegsetze, um sich auf diese Weise einen nicht gerechtfertigten Vorsprung von Mitbewerbern zu verschaffen, die sich nach der Berufsauffassung richteten. Dies sei in der WR dadurch zum Ausdruck gebracht worden, daß diese von Warenumsatzgeschäften und Dienstleistungen spreche, die normalerweise von den Maklern nicht getätigt werden. Die Koppelung sei insbesondere dann wettbewerbswidrig, wenn der Auftraggeber in eine Zwangslage gebracht werde.[6] Die Regel sei somit eintragungsfähig, wobei das Amt noch bemerkte, daß es grundsätzlich der Steigerung des gesunden Leistungswettbewerbs diene, wenn der Makler durch Ausschluß von sachfremden Geschäften dazu angehalten werde, durch bessere Leistungen auf seinem Fachgebiet mit seinen Konkurrenten in Wettbewerb zu treten.[7]

In "Lackindustrie" sah das BKartA die Regel als eintragungsfähig an, weil sie eine Koppelung von Gewähren von Vorteilen und unangemessenen Abnahmeverpflichtungen verhindere. Dabei ging es davon aus, daß sich diese Regel gegen einen psychologischen Kaufzwang, sowie gegen die Gefahr der Irreführung wende. [8)]

Einen anderen Fall des Verbots der Kopplungsgeschäfte betrifft die Regel § 7 des Baustoffhandels: Danach widerspricht es den Grundsätzen lauteren Wettbewerbs, wenn eine Baustoffhandlung beim Abschluß von Kaufverträgen sachlich ungerechtfertigten wirtschaftlichen Druck ausnutzt, den ein mit ihr verbundenes Unternehmen auf den Abnehmer ausübt. [9)]

Die Behörde begründete die Eintragung damit, daß es sich hier nicht um die Ausnutzung von Druck handle, die ein "fremdes" Unternehmen ausübe. Die Baustoffhandlung müsse sich aber die Tatsache zurechnen lassen, daß ein mit ihm verbundenes Unternehmen wirtschaftliche Macht ausübe. [10)] Als typisches Beispiel für das Vorliegen eines sachlichen Zusammenhangs der die Unlauterkeit des Handelns ausschließe, führte das Amt den Fall an, daß das mit einer Baustoffhandlung verbundene Unternehmen die Erteilung eines Bauauftrags davon abhängig mache, daß die Baustoffe für das konkrete - eigene - Objekt bei der verbundenen Baustoffhandlung bezogen werde. [11)]

Warum sich die Baustoffhandlung die Tatsache der Ausübung wirtschaftlicher Macht des mit ihr verbundenen Unternehmens zurechnen lassen müsse, beantwortete das BKartA ebensowenig wie die Frage, wann "Ausnützen" i. S. der Regel vorliege, insbesondere, ob Kenntnis des vom verbundenen Unternehmens ausgeübten Drucks erforderlich sei.

Zusammenfassung

Das BKartA trug Regeln ein, die Kopplungsgeschäfte verbieten, die normalerweise von dem betreffenden Berufsstand nicht getätigt werden, oder wenn das Gewähren von Vorteilen nur unter Inkaufnahme von unangemessenen Abnahmeverpflichtungen erfolgen soll. Eine unzulässige Koppelung liege nach Ansicht des Amtes auch vor, wenn ein Unternehmen einen Vertrag nur unter Ausnutzung des Druckes, den ein mit ihr verbundenes Unternehmen ausübt, schließen könne. In diesen Fällen lägen "besondere Umstände" vor, die ein sonst nicht zu beanstandendes Kopplungsgeschäft unlauter machten.

Die LKartBn hatten über WRn dieses Inhalts nicht zu entscheiden.

8. KAPITEL
Abwerbungsverbot

Bundeskartellamt

Das Verbot der sittenwidrigen Abwerbung hat als WR in 8 dem BKartA vorgelegten Eintragungsanträgen Eingang gefunden. [12] Dabei haben sich drei der antragstellenden Verbände damit begnügt, eine Regel aufzustellen, die lediglich das "Ausspannen" von Arbeitskräften eines Mitbewerbers untersagt, [13] im übrigen wurde eine weitere WR aufgenommen, die auch das Abwerben von Kunden verbietet.

Beiden Varianten ist gemeinsam, daß der Wortlaut klarstellt, daß nur das sittenwidrige Abwerben von der WR erfaßt ist. Als Beispiele hierfür werden in fast allen Fällen das Verleiten zum Vertragsbruch, sowie, was das "Ausspannen" von Arbeitnehmern des Mitunternehmers betrifft, ein planmäßiges, auf Behinderung des Mitbewerbers gerichtetes Verhalten aufgeführt. [14]

Das BKartA hatte keine Bedenken gegen die Eintragung dieser Regeln und begründete diese mit § 1 UWG und der hierzu ergangenen Rechtsprechung. [15]

Die LKartBn hatten über WRn dieser Art nicht zu entscheiden.

Anhang: Fußnoten zu Teil III, 7. und 8. Kapitel

1) "Immobilienmakler", WuW/E BKartA 720 (Regel 9)
"Lackindustrie", WuW/E BKartA 1118 (Regel 4. 4 c)
"Baustoffhändler", WuW/E BKartA 1214 (Regel § 7)
Die Regel § 6 des "Tapetenhandels", WuW/E BKartA 1329 verbietet Kopplungsgeschäfte, wenn Abnehmer dadurch irregeführt werden. Diese Regel ist deshalb unter "Irreführung der Kunden" aufgeführt, s. o. Teil III, 5. Kapitel, a) S. 155 ff.
2) a. a. O.
3) WuW/E BKartA 723 unter Hinweis auf §§ 18 Abs. I Nr. 4, 22 Abs. III Nr. 2 GWB (a. F.) und § 1 Abs. I, S. 3 ZugabeVO
4) a. a. O., s. auch TB 1963, S. 54, wo das Amt betonte, daß hinsichtlich Kopplungsgeschäften, die normalerweise von Maklern getätigt werden, eine Eintragung nicht zulässig gewesen wäre. Der Verband änderte daraufhin die Regel.
5) WuW/E BKartA 723 f.
6) WuW/E BKartA 724 (Hervorhebung vom Verf.). Das Amt sagte hier zwar, daß ein derartiges Verhalten "zu beanstanden" sei, meinte aber eindeutig die Sittenwidrigkeit, wie die Bezugnahme auf Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., Anm. 257 zu § 1 UWG zeigt. Dies verkennt WOLF (S. 117), der meint, das BKartA hätte nur in bezug auf die Zwangslage einen Tatbestand genannt, der den Vorwurf der Unlauterkeit begründen kann.
7) a. a. O.
8) WuW/E BKartA 1120
9) s. FN 1
10) WuW/E BKartA 1215, TB 1968, S. 74
11) WuW/E BKartA 1215 f., TB a. a. O.
12) "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 610 f. (Regeln § 3, § 12)
"Bauindustrie", WuW/E BKartA 588 (Regel 8)
"Büromaschinen", WuW/E BKartA 1094 (Regel § 11)
"Lackindustrie", WuW/E BKartA 1118 (Regel 5)
"Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1167 f. (Regel § 8, § 9)
"Versandhandel", WuW 67, 492 (Regeln 5, 6)
"Baustoffhändler", WuW 67, 582 (Regel § 11)
"Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1330 (Regeln 9, 10)
13) "Bauindustrie", "Büromaschinen", "Baustoffhändler", jeweils a. a. O.
14) auf dieses zuletzt genannte Merkmal wurde in "Hefeindustrie" verzichtet (s. FN 1). In "Lackindustrie" finden sich keine Beispielsfälle. Diese WR geht insofern über die übrigen hinaus, als auch der Versuch der Abwerbung von ihr erfaßt ist, s. FN 1.

15) "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 614, 619; "Bauindustrie", WuW/E BKartA 597; "Lackindustrie", WuW/E BKartA 1120, TB 1966, S. 46; "Büromaschinen", WuW/E BKartA 1100; "Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1349; in "Hefeindustrie", "Versandhandel" und "Baustoffhändler" wurde die Eintragung nicht begründet. Die Unbedenklichkeit der Eintragung läßt sich für diese Beschlüsse aus den Tätigkeitsberichten des BKartA ersehen, TB 1967, S. 71, 74; TB 1968, S. 74 f.

9. KAPITEL
Anwendung des Rabattgesetzes und der ZugabeVO

a) Bundeskartellamt

Die meisten Eintragungsanträge enthalten zumindest eine WR, die auf die Vorschriften des RabattG bzw. der ZugabeVO hinweist.[1] Der Wortlaut der Regeln ist entweder so gefaßt, daß lediglich darauf hingewiesen wird, daß Zugaben, die gegen das RabattG bzw. gegen die ZugabeVO verstoßen, unzulässig sind,[2] oder es wurde, teilweise in kasuistischer Aufstellung, angegeben, welche Leistungen als Zugaben nicht erbracht werden dürfen.[3] Ein Vergleich der WRn ist wegen der in ihnen berücksichtigten Besonderheiten der jeweiligen Branche nicht möglich.

Das BKartA rechtfertigte in allen Fällen die Eintragung der WRn damit, daß es auf die Bestimmungen des RabattG bzw. der ZugabeVO verwies. Soweit die Regel ohnehin nur auf diese gesetzlichen Tatbestände hinweist,[4] sah sich die Behörde auch nicht zu einer weiteren Begründung veranlaßt.[5]

Auch im übrigen[6] genehmigte das Amt die WRn unter Hinweis auf diese gesetzlichen Bestimmungen,[7] in deren Rahmen sie sich nach Ansicht des BKartA hielten, wobei auch Regeln eingetragen wurden, die eine Umgehung dieser Bestimmungen verhindern sollen. Dabei ging es in 3 Eintragungsbeschlüssen[8] auf die Frage ein, ob die für die in der Regel als unzulässige Zugaben deklarierten Gegenstände § 1 Abs. I der ZugabeVO deswegen nicht gelte, weil es sich um Reklamegegenstände von geringem Wert, um handelsübliches Zubehör zur Ware oder um handelsübliche Nebenleistungen handele, denn in diesen Fällen würden die Ausnahmetatbestände des § 1 Abs. II a, d ZugabeVO eingreifen. In diesem Zusammenhang wies die Beschlußabt. in "Markenspirituosen"[9] darauf hin, daß es sich bei "handelsüblichem Zubehör" i. S. d. § 1 Abs. II d ZugabeVO um zwei voneinander getrennt zu prüfende Merkmale handele, d. h. fehle die Zubehöreigenschaft, so könne die Handelsüblichkeit allein den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. II d ZugabeVO nicht begründen, und umgekehrt. In "Tapetenhandel" stellte das BKartA klar, daß die betreffende WR wieder gelöscht werden müsse, wenn die dort verneinte Handelsüblichkeit bezüglich der Beigabe von Tapezierzubehör sich in Zukunft herausstellen sollte, weil es dann an einer Lauterkeitsbezogenheit der Regel fehle.[10]

Bemerkenswert ist die Aussage des Amtes in "Diätetische Lebensmittelindustrie": Der antragstellende Verband hat hier in der betreffenden WR[11] Reklamegegenstände, die einen Verkehrswert von DM -. 25, sowie geringwertige Kleinigkeiten,

deren Verkehrswert DM -,10 i.d.R. überschreiten, als unzulässige Zugaben angesehen. Das BKartA, das gegen die festgelegten Werte nichts einzuwenden hatte, hielt die Festlegung dieser Wertgrenzen auch in WRn für vertretbar, obwohl die Gerichte eine derartige Grenze noch nicht festgelegt hätten, weil durch die so vorgenommene Konkretisierung des abstrakten Gesetzestextes die Beachtung des gesetzlichen Verbots für den Unternehmer im Wettbewerb wesentlich erleichtert werden würde. Damit sah das Amt den Lauterkeitsbezug als gegeben an.[12)]

In "Kfz-Handel" verlangte das Amt eine Änderung der betreffenden WR,[13)] wonach es nur beim Verkauf neuer Kraftfahrzeuge unzulässig sein soll, in Zahlung genommene Gebrauchtfahrzeuge im Preis höher zu bewerten als zum handelsüblichen Verkehrswert am Tage der Inzahlungnahme. Dies wurde damit begründet, daß beim Verkauf von Gebrauchtfahrzeugen der Preis für jedes einzelne Fahrzeug besonders gebildet werde, - im Gegensatz zum Neuwagengeschäft, wo der gebundene und angekündigte Preis der Barpreis sei - und somit beim Gebrauchtwagenverkauf ein Verstoß gegen das RabattG nicht in Betracht komme.[14)] Im selben Beschluß wurde die Regel § 9,[15)] die sich gegen Mengenrabatte richtet, die nicht handelsüblich sind, nur mit der einschränkenden Auslegung eingetragen, daß sie nur Lieferungen an den Letztverbraucher betreffe, denn das RabattG, dessen § 7 die Grundlage dieser WR sei, finde nur in diesem Falle, nicht bei Lieferung an Wiederverkäufer Anwendung.[16)]

Schließlich soll noch auf eine Besonderheit im Eintragungsbeschluß "Tapetenhandel" eingegangen werden: Die Regel § 4 Abs. I weist die Besonderheit auf, daß sie nicht nur das Gebot enthält, Preisnachlässe nur im Einklang mit den gesetzlichen Vorschriften anzubieten oder zu gewähren, sondern dieses Gebot darauf erweitert, daß die Rabattgewährung im Einklang mit erlaubten vertraglichen Bindungen stehen muß.[17)] Das BKartA führte hier aus, daß es zwar grundsätzlich nicht Sache von WRn sei, auf die Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen einzuwirken, daß es im vorliegenden Falle auf diesen Gesichtspunkt aber nicht ankomme: Den nach der Regel des § 4 Abs. I, Satz 1, Halbsatz 1 in Betracht kommenden Verträgen sei gemeinsam, daß eine Mehrzahl von Wettbewerbern gleichermaßen gebunden werde. Das Wettbewerbswidrige eines Verstoßes gegen solche Verträge liege darin, daß derjenige Unternehmer, der sich vertragswidrig verhalte, die Vertragstreue seiner Mitbewerber ausnutze, um sich diesen gegenüber einen unverdienten Vorsprung zu verschaffen.[18)] Die Eintragung der Regel § 4 Abs. I wurde trotzdem teilweise abgelehnt, aber nicht aus einem Gesichtspunkt, der in Zusammenhang mit der Anwendung des RabattG oder der ZugabeVO steht. Das BKartA beanstandete vielmehr, daß der antragstellende Verband den für den Tapetenhandel bestehenden Handelsbrauch als verbindliche Regelung in die WR übernehmen wollte.[19)]

Zur Anwendung des RabattG gehören auch die Kreditgeschäfte. In 3 Anträgen fin-

den sich WRn, die diese ohne Aufschlag auf den Neupreis als unzulässig verbieten.[20]

Das BKartA genehmigte auch diese WRn unter Hinweis auf eine Entscheidung des BGH,[21] wonach die Ankündigung und Gewährung von Teilzahlungen ohne Aufschlag gegen das RabattG verstoße, wenn der Barpreis als der Normalpreis i. S. d. § 1 Abs. II RabattG anzusehen sei.[22] In "Kfz-Handel"[23] führte das Amt aus, daß die Regel nur für das Neuwagengeschäft gelten könne, denn nur für diesen Fall sei diese letztgenannte Voraussetzung gegeben. Dies ergebe sich daraus, daß, soweit eine Preisbindung bestehe, der gebundene und allgemein angekündigte Preis regelmäßig der Barpreis sei. Aber auch bei den nicht preisgebundenen Kraftfahrzeugen sei festzustellen, daß der allgemein angekündigte Preis regelmäßig der Barpreis sei. Im Gebrauchtwagengeschäft, wo der Preis für jedes einzelne Fahrzeug besonders gebildet werde, sei ein Verstoß gegen das RabattG nicht denkbar.[24]

Die Argumentation des BGH verdeutlichte die Beschlußabt. in "Büromaschinen",[25] ohne allerdings den BGH zu zitieren: Ein Preisnachlaß könne nicht nur in einer Verminderung der zu zahlenden Summe bestehen, sondern wirtschaftlich sei auch die Gewährung erleichterter Zahlungsbedingungen ein Preisnachlaß, wenn vom Barzahler derselbe Preis gefordert werde. Die Rechtslage sei nicht anders, wenn nicht der Barpreis, sondern der in Raten zu tilgende Kreditpreis, der im allgemeinen Teilzahlungskosten enthalte, öffentlich angekündigt werde und vom Barzahler derselbe Preis in einer Summe verlangt werde. Abgesehen davon, daß der Händler in diesem Falle seiner Preisauszeichnungspflicht nicht genüge, werde auch hier der Kreditkunde besser behandelt als der barzahlende Abnehmer.[26]

Es fällt auf, daß das BKartA sich hier von der sonst meist praktizierten rein juristischen zugunsten einer ökonomischen Argumentation abwendete. Der Grund hierfür dürfte das bereits erwähnte BGH-Urteil sein.

b) Landeskartellbehörden

Auch die LKartBn hatten sich in 4 Fällen[27] mit WRn zu befassen, die mit der Anwendung des RabattG und der ZugabeVO zu tun haben. Dabei wurde nur in "Fliesenregeln" und "Nordrheinische Kraftfahrlehrer" in der WR pauschal zum Ausdruck gebracht, daß Sonderrabatte und sonstige Vorteile, die gegen das RabattG oder die ZugabeVO verstoßen, als unzulässiger Wettbewerb anzusehen sind,[28] während in den übrigen Eintragungsanträgen die verbotenen Nebenleistungen einzeln aufgeführt sind.[29]

Die Eintragungen wurden damit begründet, daß die Regel ein Verhalten verbiete, das mit guten kaufmännischen Sitten nicht vereinbar sei,[30] das gesetzwidrig

und dadurch unlauter sei,[31] oder es wurde allgemein gesagt, daß die Regel an die aus § 1 UWG und § 1 der ZugabeVO folgenden Grundsätze über den Nicht-Leistungswettbewerb anknüpfe.[32] In "Niedersächsische Brauereien" findet sich nur ein pauschaler Hinweis, daß durch die WR unlauteren Tendenzen im Wettbewerb entgegengewirkt werde.[33]

Zusammenfassung

Das BKartA genehmigte sämtliche WRn, die Zugaben und Rabatte untersagen, die gegen das RabattG, die ZugabeVO oder sonstige gesetzlichen Vorschriften verstoßen, oder deren Umgehung verhindern sollen. Hierzu gehören auch WRn, die Kreditgeschäfte ohne Aufschlag auf den Neupreis verbieten. Soweit in den Regeln genau angegeben wurde, welche Leistungen unzulässig sind, wies das Amt darauf hin, daß die Handelsüblichkeit ohne das Vorliegen der Zubehöreigenschaft den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. II d ZugabeVO nicht begründen könne und umgekehrt. Eine Regel, deren Eintragung durch das Fehlen der Handelsüblichkeit bezüglich der Zugaben gerechtfertigt sei, müsse wieder gelöscht werden, wenn sich später die Handelsüblichkeit der gewährten Leistung bei Vorliegen der Zubehöreigenschaft herausbilde.

Der Verkehrswert von geringwertigen Kleinigkeiten und Reklamegegenständen sei nach Ansicht des Amtes eintragungsfähig, obwohl die Gerichte solche Wertgrenzen noch nicht bestimmt hätten, weil die Beachtung des gesetzlichen Verbots so für den Unternehmer erleichtert werden würde.
Verstöße gegen das RabattG seien im Kraftfahrzeughandel nur beim Verkauf neuer Kraftfahrzeuge denkbar, denn beim Verkauf von Gebrauchtfahrzeugen gebe es keinen gebundenen oder allgemein angekündigten Preis.

Das BKartA genehmigte auch eine WR, die nicht auf gesetzliche Vorschriften Bezug nahm und sich gegen handelsunübliche Mengenrabatte richtete. Es ließ sie mit der Auslegung zu, daß nur Letztverbraucher von ihr umfaßt werden, weil nur hier das RabattG Anwendung finde.
Es sei nach Ansicht des Amtes auch zulässig, in WRn das Gebot aufzunehmen, Rabatte im Einklang mit erlaubten vertraglichen Bindungen zu gewähren. Voraussetzung sei aber, daß eine Mehrzahl von Wettbewerbern gleichermaßen gebunden sei.

Die LKartBn begründeten lediglich pauschal, daß WRn dieses Inhalts zulässig seien.

10. KAPITEL
Wettbewerbsregeln, die auf Sicherheits- oder Kennzeichnungsvorschriften Bezug nehmen

Bundeskartellamt

In 3 Eintragungsanträgen [34] wird der Verstoß gegen Sicherheits- bzw. Kennzeichnungsvorschriften als unlauter in einer WR untersagt.

In "Flüssiggas-Großvertriebe", wo darauf hingewiesen wurde, daß die Regel in erster Linie dem Unfallschutz diene, [35] wurde ihre Eintragung damit begründet, daß der Wettbewerber, der die betreffenden Vorschriften nicht beachte, einen Vorsprung vor den gesetzestreuen Konkurrenten erlange. Es widerspreche aber nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung, den Anschauungen der Allgemeinheit und des anständigen Kaufmanns, wenn jemand eigene Rechtspflichten mißachtete, zugleich aber damit rechne, daß seine Mitbewerber sie befolgen und seine, auf dieser Grundlage günstigere Ausgangsstellung, zum Nachteil der Mitbewerber ausnutze. [36]

Während in "Lackindustrie" lediglich gesagt wurde, daß die Regel, die Sicherheits- und Kennzeichnungsvorschriften zum Bestandteil der Lauterkeit mache, nicht zu beanstanden sei, [37] ist die Aussage des BKartA im ersten Eintragungsbeschluß, der über eine Regel dieses Inhalts zu entscheiden hatte ("Diätetische Lebensmittelindustrie"), bemerkenswert: Das Amt war hier der Auffassung, daß es dahingestellt bleiben könne, ob die Verletzung von Kennzeichnungsvorschriften schlechthin den Grundsätzen lauteren Wettbewerbs i. S. d. § 28 Abs. II (a. F.) GWB zuwiderlaufe, denn es handle sich hier um eine Kennzeichnungsvorschrift von unmittelbar gesundheitspolitischer Bedeutung, deren Verletzung im Geschäftsverkehr aus Wettbewerbsgründen zu mißbilligen sei. [38] Die in diesem Beschluß vertretene Auffassung, die also hier auf einen Lauterkeitsbezug verzichtete, wäre genauso anwendbar gewesen auf die entsprechende WR in "Lackindustrie" und "Flüssiggas-Großvertriebe", denn auch einer Regel, die dem Unfallschutz dient, kommt zweifellos gesundheitspolitische Bedeutung zu. Dennoch trug hier das Amt diese WRn nur unter Bezugnahme auf deren Lauterkeitsbezogenheit ein. [39]

11. KAPITEL
Die Berücksichtigung ordnungsgemäßer kaufmännischer Gepflogenheiten

Bundeskartellamt

WRn dieses Inhalts finden sich in "Versandhandel".[40] Eine Darstellung im Rahmen dieser Arbeit lohnt, weil der seltene Fall vorliegt, daß das BKartA eine Regel nicht genehmigte. Die Regel 4 Nr. 1 der "Ergänzungen" lautet:

> "Für die Gestaltung der vertraglichen Beziehungen einschließlich der Provisionsregelung finden im Rahmen des Grundsatzes der Vertragsfreiheit ordnungsgemäße kaufmännische Gepflogenheiten Anwendung."

Das Amt wies zunächst auf die Zielrichtung der Regel hin: Die Mitglieder des antragstellenden Verbandes sollten angehalten werden, den umworbenen Handelsvertretern keine überhöhten Provisionsansprüche zuzubilligen und auch bei den übrigen Vertragsbestandteilen keine außergewöhnlichen Zugeständnisse zu machen.[41] Derartige Beschränkungen des Wettbewerbs um Handelsvertreter hätten keinen Lauterkeitsbezug. Auch sei nicht ersichtlich, daß eine Tendenz zur Unlauterkeit bekämpft werden solle. Die Tatsache der gegenseitigen Überbietungen der Versandhandelsunternehmer hinsichtlich der Provisions- oder sonstiger Versprechen mit der Folge der Zubilligung überhöhter Ansprüche könne nicht als wettbewerbswidrig beanstandet werden.[42]

Keine Bedenken hatte das BKartA dagegen offensichtlich gegen die Regel 2 Nr. 1, Satz 2 desselben Antrags:

> "Im geschäftlichen Verkehr, insbesondere bei der Ausführung und Abwicklung sind ordnungsgemäße kaufmännische Gepflogenheiten anzuwenden." [43]

In der Entscheidungssammlung wurde die Eintragungsbegründung nicht abgedruckt. Es scheint, als habe die Behörde hier eine Beschränkung des Wettbewerbs verneint.

Anhang: Fußnoten zu Teil III, 9., 10. und 11. Kapitel

1) "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 611 (Regeln § 8, § 9, § 10)
"Diätetische Lebensmittelindustrie", WuW/E BKartA 807 (Regel B 2 b)
"Flüssiggas-Großvertriebe", WuW/E BKartA 874 (Regel § 2 Nr. 2)
"Schälmühlen", WuW/E BKartA 904 (Regel III Nr. 7)
"Büromaschinen", WuW/E BKartA 1091 ff. (Regeln § 3 Nr. 3, § 4, § 8)
"Automatenindustrie", WuW/E BKartA 1112 (Regel § 4 Abs. I)
"Lackindustrie", WuW/E BKartA 1118 (Regeln 4. 1 Abs. II, 4. 3, 4. 4 a)
"Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1167 (Regel § 6)
"Versandhandel", WuW/E BKartA 1187 (Regel 4 Nr. 2 c)
"Baustoffhändler", WuW/E BKartA 1214 (Regel 9 Nr. 1)
"Markenspirituosen", WuW/E BKartA 1234 (Regeln § 2, § 3)
"Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1329 f. (Regeln § 4 Nr. 1 u. 2, § 7)
Die WR § 3 Nr. 3 a des "Kohleneinzelhandels", die Preisnachlässe verbietet, die in Abweichung von der Preisliste erfolgen und nach dem RabattG nicht erlaubt sind, ist unter "Abweichen von der Preisliste im Einzelfall" behandelt, s. o. Teil III, 2. Kapitel, a) S. 114 ff.

2) "Kfz-Handel", a. a. O. (Regel 10); "Flüssiggas-Großvertriebe", a. a. O.; "Schälmühlen", a. a. O.; "Büromaschinen", a. a. O. (Regel § 8 Abs. I); "Lackindustrie", a. a. O. (Regeln 4. 1 Abs. II, 4. 4 a); "Versandhandel", a. a. O.; "Baustoffhändler", a. a. O.; "Tapetenhandel", a. a. O. (Regel § 4 Nr. 1, § 7 Nr. 1)

3) "Kfz-Handel", a. a. O. (Regeln 8, 9); "Diätetische Lebensmittelindustrie", a. a. O.; "Büromaschinen", a. a. O. (Regeln § 3 Nr. 3, § 4, § 8 Abs. II, III); "Automatenindustrie", a. a. O.; "Lackindustrie", a. a. O. (Regel 4. 3) "Hefeindustrie", a. a. O.; "Markenspirituosen", a. a. O.; "Tapetenhandel", a. a. O. (Regel 4 Nr. 2).
In "Hefeindustrie" und "Markenspirituosen" wird in der WR in einem Absatz ergänzend aufgeführt, daß sich die Zulässigkeit anderer Nebenleistungen nach der ZugabeVO richtet (jeweils a. a. O.).

4) s. FN 2

5) "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 618; "Flüssiggas-Großvertriebe", WuW/E BKartA 877; "Schälmühlen", WuW/E BKartA 907; "Büromaschinen", WuW/E BKartA 1099; "Lackindustrie", WuW/E BKartA 1119; "Versandhandel", WuW/E BKartA 1188; "Baustoffhändler", WuW/E BKartA 1216; "Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1345 ff.

6) s. FN 3

7) "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 617 f., TB 1963, S. 28; "Diätetische Lebensmittelindustrie", WuW/E BKartA 811; "Büromaschinen", WuW/E BKartA 1096 ff.; "Automatenindustrie", WuW/E

BKartA 1115; "Lackindustrie", WuW/E BKartA 1119; "Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1169; "Markenspirituosen", WuW/E BKartA 1236 ff.; "Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1346

8) "Hefeindustrie", WuW/E BKartA 1169; "Markenspirituosen", WuW/E BKartA 1236 ff.; "Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1347 f. (Regel § 7 Nr. 2)

9) a. a. O.

10) a. a. O.; TB 1971, S. 75

11) s. FN 1

12) WuW/E BKartA 811

13) Regel § 8, s. FN 1

14) WuW/E BKartA 615, 617

15) s. FN 1

16) entgegen seiner sonstigen Praxis verlangte das Amt nicht die Abänderung der Regel, was zur Verdeutlichung wünschenswert gewesen wäre.

17) s. FN 1

18) WuW/E BKartA 1346 unter Hinweis u. a. auf WuW/E BKartA 613 und Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl. Band I, Anm. 408 zu § 1 UWG; so im Grundsatz schon die Hilfsbegründung in "Kfz-Handel" hinsichtlich Regel § 8, WuW/E BKartA 617, jedoch ohne die oben angegebene Begründung.

19) s. hierzu oben Teil II, 3. Kapitel, a) S. 61 f.

20) "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 611 (Regel § 5 Abs. III)
"Büromaschinen", WuW/E BKartA 1092 (Regel § 5 Abs. I, S. 1)
"Versandhandel", WuW/E BKartA 1186 (Regel 3 Abs. III)
Die in Zusammenhang mit diesen Regeln behandelten Gebote, daß die Ankündigung eines Abzahlungsgeschäfts den Aufschlag sowie den Barpreis oder den Teilzahlungspreis (Barpreis und Kreditkosten) erkennen lassen muß, bzw. daß es unzulässig ist, bei Abzahlungsgeschäften mit einer Anzahlungssumme zu werben, die unter der Höhe der einzelnen Abzahlungsraten liegt, sofern nicht gleichzeitig die Höhe und Zahl der Raten oder der Gesamtpreis (Bar- oder Teilzahlungspreis) angegeben werden, sind unter dem Punkt "Irreführung der Kunden", s. o. Teil III, 5. Kapitel, a) S. 155 ff. bzw. unter "Lockvogelangebote", s. o. Teil III, 4. Kapitel, 2., a), cc) S. 133 ff. aufgeführt.

21) vom 24. 2. 1959, WuW/E BGH 335 ff.

22) "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 615; "Versandhandel", WuW/E BKartA 1187 f.

23) a. a. O.

24) WuW/E BKartA 615, s. auch oben Teil III, 9. Kapitel, a) S. 169 f. hinsichtlich Regel § 8 desselben Beschlusses. Auch bezüglich Regel § 5 Abs. III verlangte das Amt aus diesem Grunde eine Änderung des Ausdrucks "Barpreis" in "Neupreis".

25) WuW/E BKartA 1097 f.
26) WuW/E BKartA 1098
27) "Fliesenregeln", WuW/E LKartB 64 (Regel § 3 Abs. IV)
"Niedersächsische Brauereien", WuW/E LKartB 78 f. (Regel § 4)
"Nordrheinische Kraftfahrlehrer", WuW/E LKartB 94 (Regel Art. III Abs. II)
"Brauerei-Regeln Baden-Württemberg", WuW/E LKartB 138 (Regel § 4)
28) a. a. O.
29) a. a. O.; aber auch in diesen Fällen wurde darauf hingewiesen, daß sich die Zulässigkeit anderer Nebenleistungen nach der ZugabeVO richtet, a. a. O.
30) "Fliesenregeln", WuW/E LKartB 68
31) "Nordrheinische Kraftfahrlehrer", WuW/E LKartB 96
32) "Brauerei-Regeln Baden-Württemberg", WuW/E LKartB 139
33) WuW/E LKartB 80 f.
34) "Diätetische Lebensmittelindustrie", WuW/E BKartA 806 (Regel B 1 c)
"Flüssiggas-Großvertriebe", WuW/E BKartA 874 (Regel § 2 Nr. 6)
"Lackindustrie", WuW/E BKartA 1118 (Regel 1. 6)
35) WuW/E BKartA 879
36) a. a. O.
37) WuW/E BKartA 1119
38) WuW/E BKartA 810
39) vgl. FN 35, 37; hier wird der Einfluß des BGH deutlich, s. u. Teil IV, 2. Kapitel, S. 186 ff.
40) WuW/E BKartA 1187 (Regel 4 Nr. 1 der "Ergänzungen")
WuW 67, 492 (Regel 2 Nr. 1)
41) WuW/E BKartA 1188, TB 1967, S. 74
42) a. a. O.
43) s. FN 40

TEIL IV
Die Praxis der Gerichte zu den Wettbewerbsregeln

1. KAPITEL
OLG, KG

a) KG vom 9. 10. 1964 [1]

Die Entscheidung des KG vom 9. 10. 1964 befaßte sich auf Beschwerde des Zentralverbandes des Kraftfahrzeughandels und -gewerbes e. V. gegen den Beschluß der Einspruchsabteilung des BKartA [2] mit der Regel § 7 des antragstellenden Verbandes, [3] ("Bezugnahme auf Listenpreise"), deren Eintragung die Beschlußabt. [4] sowie auch die Einspruchsabt. abgelehnt hatten. [5]

Das KG nahm zunächst zur Eintragungsfähigkeit von WRn der "grauen Zone" Stellung. [6] In Übereinstimmung mit der Praxis der Kartellbehörden [7] war es der Auffassung, daß auch die Eintragung von WRn begehrt werden könne, die das wettbewerbliche Verhalten betreffen, welches außerhalb des Gebietes der gesetzlichen Verbote liege. Ein Anspruch auf Eintragung dahingehender Regeln bestehe aber nur dann, wenn sie lediglich einem den Grundsätzen lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufendes Verhalten entgegenwirkten, oder ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten anregten, nicht jedoch die Entfaltung des freien Wettbewerbs behinderten, soweit diese vom GWB besonders geschützt werde. [8]

Das Gericht, das deutlich machte, daß bei der Beurteilung der Eintragungsfähigkeit von WRn die zukünftige Gestaltung des Wettbewerbs sowie die zukünftige Auslegung der Regeln durch die beteiligten Kreise ins Auge zu fassen sei, [9] ging im Gegensatz zur Beschlußabteilung [10] nicht auf die Rechtsprechung zur vergleichenden Werbung ein. Darauf, so argumentierte es, komme es nicht an, denn es hänge jeweils vom Einzelfall ab, ob eine unlautere Bezugnahme auf die Preisgestaltung bestimmter Mitbewerber vorliege. Nicht die - jeder Werbung innewohnende - allgemeine Anregung, das Angebot mit anderen zu vergleichen, sondern nur die persönliche Ausrichtung auf einzelne andere Mitbewerber sei geeignet, einer solchen Werbung den sittenwidrigen Charakter zu geben. Dazu genüge aber weder ohne weiteres ein einfacher Hinweis auf den Richtpreis des Herstellers, noch seien immer die in Frage kommenden Mitbewerber hinreichend erkennbar. [11]

Nachdem also ein allgemeines Verbot des Hinweises auf den vom Hersteller angegebenen Verkaufspreis somit aus den Vorschriften über unlauteren Wettbewerb nach Ansicht des Gerichts nicht herzuleiten sei, prüfte es, ob durch diese Regel die Entfaltung des freien Wettbewerbs behindert werde.[12] Diese Frage bejahte das KG: Das Unterbinden eines - nicht in unlauterer Weise erfolgenden - Hinweises auf ein Abweichen vom empfohlenen Richtpreis bilde eine Behinderung des für ein ordnungsmäßiges Funktionieren der Marktwirtschaft besonders wichtigen Preiswettbewerbs. Unter Übernahme der Argumentation des BKartA [13] begründete das Gericht, warum es eine solche Behinderung annahm.[14]

Das KG kam somit zum selben Ergebnis wie das BKartA und wies demgemäß die Beschwerde zurück. Während sich Kartellbehörden und Gericht, auch in der Begründung, einig waren, daß die WR keinen Tatbestand unlauteren Wettbewerbs erfasse, wurde die Eintragung im Hinblick auf die "graue Zone" jeweils mit verschiedenen Argumenten verneint. Während die Einspruchsabt. die Zweckbestimmung des § 28 Abs. II GWB (a. F.) verneinte,[15] ist eine Ähnlichkeit der Auffassungen der Beschlußabt. und des Gerichts zu erkennen: Die Beschlußabt. verneinte das Vorliegen einer "grauen Zone", weil hierzu seiner Meinung nach nur solche Wettbewerbsformen zählten, die, anders als der Preiswettbewerb, für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nur geringe Bedeutung hätten,[16] das KG ließ diese Frage dahingestellt, weil jedenfalls ein dem GWB zuwiderlaufender Eingriff in den freien Wettbewerb einer Eintragung der Regel entgegenstehe.[17]

b) KG vom 29.6.1965 [18]

Diese Entscheidung erging aufgrund der Beschwerde der Deutschen Bundesbahn, sowie des Gesamtverbandes Gemeinnütziger Wohnungsunternehmer gegen den Beschluß der Einspruchsabt. des BKartA [19] und mußte die Eintragungsfähigkeit der Regeln 2 Nr. 2 ("Preisklarheit und -wahrheit"), 3 Nr. 1 ("Verpflichtung zur Vorkalkulation"), 4 ("Verkauf unter Selbstkosten"), und 6 ("Aufmerksammachen des Auftraggebers bei Abweichen von der VOB") überprüfen.[20] Die Beschlußabt. sowie die Einspruchsabt. genehmigten diese WRn.[21]

Das KG gab der Beschwerde hinsichtlich der Regel 3 Nr. 1, die eine der Sachlage genügende Selbstkostenermittlung vor Preisbildung zwingend vorschreibt, statt. Es wies zunächst darauf hin, daß bei Prüfung der Frage, ob eine Bestimmung als WR zulässig sei, nach Auffassung des Senats eine Abwägung stattfinden müsse, bei der die Bedeutung der WR für die Bekämpfung des unlauteren und die Förderung des lauteren Wettbewerbs auf der einen Seite und ihre Tragweite als etwaigem Eingriff in die Freiheit des Wettbewerbs auf der anderen Seite einander gegenübergestellt werden, wobei auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu

berücksichtigen sei.[22]

Das Gericht wendete sich gegen das Argument der Beschlußabt., [23] es handele sich bei dieser Regel um einen lediglich betriebsinternen Vorgang, der der Preisbildung vorausgehen solle und von dieser praktisch zu unterscheiden sei. Aus dem Vorliegen der zwingenden Selbstkostenermittlung vor der Preisbildung ergebe sich, daß durch die WR ein erheblicher praktischer Einfluß auf die konkreten Preisangebote intendiert sei und auch in zahlreichen Fällen erreicht werde. Der zweite Halbsatz der Regel, "der Grundsatz der freien Preisbildung wird hierdurch nicht berührt", habe keinen entscheidenden Einfluß und hier nur theoretische Bedeutung.[24]

Nachdem das Unterlassen der Selbstkostenermittlung auch unter den besonderen Bedingungen der Bauindustrie kein unlauterer Wettbewerb sei, die Regel auch nicht geeignet sei, vorbeugend bestimmten Wettbewerbshandlungen in der Bauindustrie innewohnende Tendenzen zur Unlauterkeit zu bekämpfen oder positive Voraussetzungen für den lauteren Wettbewerb zu schaffen,[25] dürfe die Regel als geeignet, den Preiswettbewerb, der als Kernstück der sozialen Marktwirtschaft besonders schutzbedürftig sei, zu beschränken, nicht eingetragen werden.[26] Daran könne nichts ändern, daß die Regel ihrem Wortlaut nach nur eine "der Sachlage genügende" Selbstkostenermittlung verlange, denn im praktischen Ergebnis werde der Unternehmer doch zu einer von den Verbandsorganen nachprüfbaren Vorkalkulation gezwungen.[27]

Entgegen der Ansicht der Beschlußabt.[28] dürfe die Verdingungsordnung für Bauleistungen als nicht gesetzliche oder gesetzesähnliche Ausnahmeregelung nicht zur Auslegung herangezogen werden.[29] Für § 28 Abs. II GWB (a. F.) reiche es nicht aus, daß das Gebot der Vorkalkulation einen allgemeinen erzieherischen Einfluß auf die Unternehmer der Bauindustrie in Richtung auf eine wirtschaftliche und verantwortungsbewußte Unternehmensführung ausüben könnte.[30]

Das KG verneinte also die Lauterkeitsbezogenheit der WR. BKartA und KG gingen zwar übereinstimmend davon aus, daß das Unterlassen der Selbstkostenermittlung vor der Preisbildung auch unter den besonderen Bedingungen der Bauwirtschaft kein unlauterer Wettbewerb sei. Aus diesem Grunde vermochte das KG auch nicht zu erkennen, daß das Gebot der Vorkalkulation geeignet sein solle, vorbeugend bestimmten Wettbewerbshandlungen innewohnende Tendenzen zur Unlauterkeit zu bekämpfen oder positive Voraussetzungen für einen lauteren Wettbewerb zu schaffen,[31] während das BKartA der Meinung war, die WR rege wegen der besonderen Verhältnisse in der Bauwirtschaft ein Verhalten an, das den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs entspreche, bzw. die WR sei "mittelbar" lauterkeitsbezogen,[32] weil sie der Ausschaltung der Willkür diene.[33]

Hinsichtlich der WRn 2 Nr, 2, 4 und 6 sah das KG die Beschwerde als nicht begründet an:

Bezüglich der Regel 2 Nr. 2, die besagt, daß Angaben über Preise, Preisbestandteile und Konditionen den Grundsätzen der Preisklarheit und -wahrheit entsprechen müssen, betrachtete es das KG als außer Zweifel stehend, daß diese dahin mißverstanden werden könnte, daß sie eine kostendeckende Preisbildung vorschreibe oder auch nur nahelege.[34] Die Vorschrift regele, wie der Wortlaut zeige, eindeutig nicht das "Wie" der Preisbildung, sondern das der Angaben über die Preise. Das KG folgte hier also der Auffassung des BKartA.

Auch die Regel 4 hielt der Senat für eintragungsfähig: Hinsichtlich des ersten Halbsatzes dieser WR, der den Grundsatz ausspricht, daß Preisangebote, durch die die Selbstkosten des Anbieters nicht gedeckt werden, nicht ohne weiteres gegen gute kaufmännische Sitten verstoßen, teilte das KG die Auffassung des Beschwerdeführers nicht, daß diese Formulierung der Bemessung von Angebotspreisen unter den Selbstkosten des Bieters entgegenwirken könnte. Es würde hier kein Verhalten zur Pflicht gemacht, das auf die Abgabe kostendeckender Angebote hinlenken müsse. Vor allem der zweite Halbsatz der Regel zeige, daß ein Unternehmer, der den Tatbestand dieses zweiten Halbsatzes nicht verwirkliche, durchaus unter Selbstkosten anbieten dürfe.[35]
Halbsatz 2 der Regel 4, der besagt, daß Bauleistungen nicht unter bewußter Mißachtung der Grundsätze einer wirtschaftlichen und verantwortungsbewußten Unternehmensführung und ohne sachlich gerechtfertigten Grund unter den Selbstkosten des Unternehmens in gemeinschädlicher Weise angeboten werden dürfen, sei eintragungsfähig, weil bei Erfüllung des in ihm enthaltenen Tatbestandes unlauterer Wettbewerb i. S. d. § 1 UWG vorliege. Der Senat wies zunächst darauf hin, daß der objektive Tatbestand des Verbots voraussetze, daß der Anbieter <u>nebeneinander</u> den Grundsätzen einer wirtschaftlichen und verantwortungsbewußten Unternehmensführung zuwiderhandle, daß sein Verhalten gemeinschädlich sei und daß kein sachlich gerechtfertigter Grund für das Anbieten unter Selbstkosten vorhanden sei. Dabei ließen sich die Grundsätze einer wirtschaftlichen und verantwortungsbewußten Unternehmensführung und das Handeln mit sachlich gerechtfertigtem Grund nicht eindeutig voneinander abgrenzen, vielmehr gehe hier eines in das andere über, ohne daß sich daraus durchgreifende Bedenken gegen die Merkmale ergäben. Bei ihrer Prüfung im Einzelfall werde die Frage nach Mittel, Beweggrund und Zweck des Verhaltens des Anbieters von entscheidender Bedeutung sein, auch werde der Gedanke einer anderen WR eine Rolle spielen, wonach kein Unternehmer eine Preispolitik betreiben dürfe, durch die bewußt verhindert werde, daß die Verpflichtungen des Unternehmers gegenüber dem Staat, der Belegschaft und den Gläubigern erfüllt werden können.[36]

Der Senat beschäftigte sich dann noch mit den anderen Tatbestandsmerkmalen der Regel: "Gemeinschädlich" sei im allgemeinen nur ein planmäßiges Unterbieten mit Unterselbstkostenpreisen von gewisser Dauer, dem sich die Mitbewerber in ihrer Preisstellung ohne Rücksicht auf ihre Selbstkosten anpassen müßten, um nicht aus dem Wettbewerb auszuscheiden. Eine "bewußte Mißachtung" der Grundsätze einer wirtschaftlichen und verantwortungsbewußten Unternehmensführung verlange eine besonders rücksichtslose innere Einstellung, eine Mißachtung gegenüber den Regeln vernünftigen Wirtschaftens.[37)]

Das Gericht verkannte nicht den nicht unerheblichen Auslegungsspielraum der WR. Dennoch so fuhr es fort, sei die Bildung solcher Tatbestände sinnvoll und in WRn anzustreben, da sie Klarheit darüber, was verboten und was erlaubt sei, erhöhe und damit der Rechtssicherheit diene. Im übrigen betrachtete es der Senat als Aufgabe des BKartA, einer praktischen Handhabung der Regel, die den erlaubten Preiswettbewerb einschränke, entgegenzutreten.[38)]

Die Entscheidungsbegründung des KG läßt nicht direkt erkennen, warum seiner Ansicht nach ein in der WR aufgeführtes Verhalten gegen § 1 UWG verstoße. Das Interpretieren der verschiedenen Tatbestandsmerkmale läßt aber den Schluß zu, das KG habe sich der Auffassung des BKartA angeschlossen, die Voraussetzungen der Regel stellten sich als besonders verwerfliche Umstände dar, die Preisangebote unter Selbstkosten als sittenwidrig im Sinne der Rechtsprechung zu § 1 UWG erscheinen ließen,[39)] wobei der Senat diese Meinung durch die Auslegung der verschiedenen Merkmale unterstützte.

Auch gegen die Eintragung der Regel 6 hatte das KG keine Bedenken.[40)] Diese WR besagt, daß es einem lauteren Verhalten im Wettbewerb und der Verwirklichung des Leistungswettbewerbs auf dem Baumarkt dient, wenn ein Unternehmer in Fällen, in denen die Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil A Anwendung findet, dazu beiträgt, daß die Regeln der VOB/A von allen Beteiligten auch tatsächlich eingehalten werden, indem er den Auftraggeber in rechtlich zulässiger Weise auf Abweichungen von diesen Regeln aufmerksam macht, die geeignet sind, einzelnen Anbietern einen sachlich nicht gerechtfertigten Wettbewerbsvorsprung zu verschaffen.[41)]

Diese, so begann der Senat seine Ausführungen, richte sich nicht an die Auftraggeber, sondern an die Unternehmer der Bauindustrie, also an die Wettbewerber.[42)] Nach ihrem Wortlaut und nach der Interpretation des antragstellenden Verbandes gelte sie nur für die konkreten Fälle, in denen ein einzelner Auftrag nach der Erklärung des Auftraggebers nach den Regeln der VOB/A vergeben werden solle. Die Regel könne also nicht einem Bestreben der Bauindustrie dienen, die Anwendung der VOB/A uneingeschränkt durchzusetzen.[43)]

Auch würden Auftraggeber, die Bauleistungen nach der VOB/A vergeben, gegenüber anderen Auftraggebern nicht ungerechtfertig ungleich behandelt und keinem unzulässigen Druck ausgesetzt werden, denn die WR empfehle lediglich einfache Hinweise auf Abweichungen von Bestimmungen, die der betreffende Auftraggeber durch eigene Erklärung zur Grundlage der Vertragsverhandlungen gemacht habe.[44] Die Regel, die sich nicht nur gegen die Auftraggeber wende, sondern die eine Empfehlung beinhalte, daß die Einhaltung der Regeln der VOB/A von allen Beteiligten tatsächlich eingehalten werde, könne bereits aus diesem Grunde das Ansehen der öffentlichen Auftraggeber und der gemeinnützigen Wohnungsunternehmen nicht gefährden.[45]

Die VOB, so fuhr das Gericht fort, seien selbst Wettbewerbsregeln und als solche wettbewerblich relevant. An Auftraggeber gerichtete Hinweise der Bewerber auf Abweichungen von Regeln der VOB/A, die geeignet seien, einzelnen Anbietern einen sachlich nicht gerechtfertigten Wettbewerbsvorsprung zu verschaffen, dienten daher dem in § 28 Abs. II (a. F.) GWB normierten Zweck von WRn, wobei es nicht darauf ankomme, ob der Auftraggeber, an den ein solcher Hinweis gerichtet sei, wettbewerblich unlauter handele oder nicht. Es genüge vielmehr, daß durch Hinweise auf Abweichungen von den VOB/A im Ergebnis die durch die Grundsätze der VOB angestrebten gleichen Bedingungen der Bewerber nach Möglichkeit nicht verfälscht werden würden, sondern erhalten blieben.[46]

Das KG bestätigte somit die Auffassung des BKartA [47] und folgte insbesondere der Beschlußabt., die diese WR als "Förderungsregel" ansah, die zu einem Verhalten anregen solle, das unter Berücksichtigung der besonderen wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse des Baumarktes geeignet sei, einen lauteren, unverfälschten Wettbewerb zu fördern.[48] Dies sagte das KG zwar nicht ausdrücklich, ergibt sich aber daraus, daß nach Ansicht des Gerichts einer Verhaltensweise entgegengewirkt werden solle, die nicht in jedem Falle unlauter sei.

Entscheidend für die Eintragung war, daß die WR dazu diene, die in der VOB angestrebten gleichen Bedingungen der Wettbewerber zu erhalten. In diesem Zusammenhang fällt auf, daß das KG im selben Beschluß hinsichtlich der Verpflichtung zur Vorkalkulation (Regel 3 Nr. 1) es ablehnte, die Regeln der VOB mit heranzuziehen.[49] Dies bedeutet aber keinen Widerspruch zu der Auffassung des Gerichts zu Regel 6. Während die Regel 3 Nr. 1 zwingend eine Selbstkostenermittlung vorschreibt, sagt die Regel 6 lediglich, daß das dort normierte Verhalten einem lauteren Wettbewerb dient [50] und bringt somit zum Ausdruck, daß es nicht wettbewerbswidrig ist, wenn ein Mitbewerber den Auftraggeber nicht auf eine Abweichung von der VOB aufmerksam macht.[51]

So wird die Meinung des KG deutlich: Soweit ein Verhalten zwingend als unlauter angesehen wird, genüge es nicht, daß die VOB dieses Verhalten vorschreibe.

Wird lediglich ein bestimmtes Verhalten empfohlen, so sei diese Empfehlung als WR eintragungsfähig, wenn nicht in gesetzwidriger Weise auf den anderen Vertragsteil eingewirkt werde und die Zweckrichtung des § 28 Abs. II GWB (a. F.) beachtet werde.[52] Hierbei dürfe die VOB dann berücksichtigt werden.

c) OLG Hamburg vom 25. 8. 1966 [53]

Diese Entscheidung beschäftigte sich mit der Regel Art. II Abs. III [54] des Fahrlehrerverbandes Hamburg e. V., die die LKartB Hamburg genehmigte.[55] Diese WR schreibt vor, daß der Fahrlehrer für den theoretischen Unterricht eine Grundgebühr und für einzelne Übungsfahrten jeweils gesonderte Gebühren zu berechnen habe. Weiterhin ist er gehalten, als Regelleistung eine Fahrstunde von 45 Minuten Dauer anzubieten und das dafür berechnete Honorar anzugeben. Der Wortlaut der Regel stellt ausdrücklich fest, daß es dem Fahrlehrer unbenommen bleibt, Fahrunterricht von kürzerer oder längerer Dauer anzukündigen und zu erteilen. In diesem Falle ist die angebotene Leistung als "Übungsfahrt" zu bezeichnen und ihre Dauer in Minuten deutlich lesbar anzugeben. Eine Ankündigung solcher Übungsfahrten ist aber nur erlaubt, wenn gleichzeitig der Preis für die Fahrstunde von 45 Minuten Dauer (Regelleistung) in gleicher Größe ausgewiesen wird.

Das OLG Hamburg hielt diese WR ebenfalls für eintragungsfähig. Unter Hinweis auf die Tatsache, daß wegen der unterschiedlichen Gelehrigkeit der Fahrschüler, die eine unterschiedliche Anzahl von Fahrstunden erforderlich mache, ein pauschalierter Preis für die Erteilung von Fahrunterricht bis zur Erlangung der Prüfungsreife nicht angeboten werden könne, sah es die WR als der Preisklarheit dienlich an. Preisklare Angebote seien aber ein Gebot des lauteren Wettbewerbs. Eine Aufteilung des für den Fahrunterricht geforderten Entgelts in eine Grundgebühr für die theoretische Ausbildung und sonstigen Nebenleistungen und Einzelgebühren für jede Übungsfahrt sei jedenfalls zweckmäßig.[56]

Daraus folge jedoch nicht, daß jede andere Aufteilung des für den Fahrunterricht verlangten Entgelts unlauter i. S. d. §§ 1, 3 UWG sei. Die Eintragungsfähigkeit von WRn setze nicht voraus, daß das von ihnen geforderte Verhalten das allein einem lauteren Wettbewerb gemäße sei.[57] Durch das Aufstellen von WRn sollten die Berufsvereinigungen die Möglichkeit haben, der Gefahr der Abgleitung der guten Sitten vorzubeugen. WRn seien daher gem. § 28 GWB schon zulässig, wenn sie nicht nur eindeutig unlauteres Verhalten verbieten, sondern vor allem auch Verhaltensweisen erfaßten, deren weitere Verbreitung eine Entwicklung zum nicht eindeutig unlauteren Wettbewerb unter den Angehörigen des Berufsstandes befürchten lasse.[58] Nachdem es sich auf dem Gebiet der Erteilung von Fahrunterricht als zweckmäßig erwiesen habe, das verlangte Entgelt nach einer Grundge-

bühr für den theoretischen Unterricht und Einzelgebühren für Übungsfahrten aufzugliedern, sei es schon unlauter, wenn Fahrschulen damit werben würden, daß sie keine Grundgebühr verlangen, obwohl auch bei diesen Fahrschulen die für den theoretischen Unterricht erforderlichen Aufwendungen abgegolten werden müßten.[59] Die Angabe der Übungsfahrt mit 45 Minuten diene der Preisklarheit, weil Übungsfahrten mit verschiedener Dauer tatsächlich angeboten werden würden.[60]

Schließlich prüfte das Gericht noch, ob ein Verstoß gegen § 1 Abs. I GWB vorliege.[61] Dies verneinte es mit dem Hinweis, daß das Kartellverbot gem. § 1 Abs. I S. 2 GWB nicht gelte, soweit das Gesetz ein anderes vorschreibe. WRn, denen eine Beschränkung des Wettbewerbs immanent sei, seien jedoch in § 28 GWB ausdrücklich als zulässig vorgesehen. Nur der lautere Wettbewerb sei schutzwürdig. Eine Beschränkung des Wettbewerbs durch Bestimmungen, die zu einem lauteren Wettbewerb anregten, seien deshalb nicht von § 1 Abs. I GWB umfaßt.[62]

Außerdem, so fuhr das OLG fort, könne eine Ordnung des Wettbewerbs durch eine Regel, die dessen Lauterkeit diene, auch im allgemeinen Interesse geboten sein. Gerade dieses allgemeine Interesse habe die Kartellbehörde bei ihrer Entscheidung über die Eintragung von WRn wahrzunehmen. Das allgemeine Interesse erfordere aber im Hinblick auf die von einem in Betrieb befindlichen Kraftfahrzeug ausgehenden Gefahren eine gründliche Ausbildung von Fahrschülern, die verlange, daß sich der Fahrlehrer intensiv um den Unterricht kümmere. Auf dem Gebiete der Erteilung von Fahrunterricht müsse der Gefahr vorgebeugt werden, daß die Art und Weise der Berufsausübung durch die Anforderungen eines verschärften Konkurrenzkampfes bestimmt werde.[63]

In diesem Urteil wird nicht klar, was das Gericht als entscheidenden Gesichtspunkt für die Zulässigkeit dieser WR sah. Aus der Tatsache, daß es hinsichtlich der Dauer der Fahrstunden die Eintragung nur damit begründete, daß es der Preisklarheit diene, wenn eine derartige Angabe gemacht werde, muß geschlossen werden, daß das Vorliegen dieses Merkmals auch nach Ansicht des OLG Hamburg[64] der Zweckbestimmung des § 28 Abs. II GWB (a. F.) genüge. Nachdem die gesamte WR nach Ansicht des Gerichts der Preisklarheit diene, hätte es auch bezüglich der Aufgliederung des Entgelts für theoretischen Unterricht und Übungsfahrten keiner weiteren Begründung bedurft. Aus diesem Grunde kann der Hinweis, es sei unlauter, wenn Fahrschulen damit werben würden, daß sie keine Grundgebühren verlangen, wenn sie diese Aufwendungen in anderer Form forderten, lediglich als zusätzliche Eintragungsbegründung verstanden werden. Bemerkenswert ist jedoch in diesem Zusammenhang, daß nach dem OLG Hamburg die Unlauterkeit eines derartigen Vorgehens bereits dadurch zum Ausdruck komme, daß es sich als zweckmäßig erwiesen habe, das geforderte Entgelt nach einer Grundgebühr und Einzelgebühren für die Übungsfahren aufzuteilen.

Ebenfalls unklar ist, welche Bedeutung die Auffassung haben soll, eine Ordnung des Wettbewerbs durch seiner Lauterkeit dienende Regeln könne auch im allgemeinen Interesse sein. Auch diese Meinung, die bei der Prüfung der Frage, ob ein Verstoß gegen § 1 Abs. I GWB vorliege, geäußert wurde, kann nur als Zusatzbegründung aufgefaßt werden, nachdem das Gericht einen derartigen Verstoß bereits aus anderen Gründen verneinte.[65] Der Hinweis, die Kartellbehörde habe dieses allgemeine Interesse bei seiner Eintragungsentscheidung wahrzunehmen, zeigt, daß das OLG Hamburg bei dessen Vorliegen eine WR selbst bei Bejahung eines Verstoßes gegen § 1 Abs. I GWB für eintragungsfähig hielt. Legte das OLG jedoch seine Ansicht zugrunde, WRn mit der Zweckrichtung des § 28 Abs. II GWB könnten nicht gegen § 1 Abs. I GWB verstoßen,[66] dann wäre dieses letztgenannte Argument überflüssig.

Im Ergebnis bestätigte das OLG Hamburg in dieser Entscheidung die Auffassung der LKartB Hamburg.[67]

2. KAPITEL
Bundesgerichtshof

BGH vom 15. 7. 1966 [68]

Auf Grund der gegen die Entscheidung des KG vom 29. 6. 1965 [69] gerichteten, zugelassenen Rechtsbeschwerde des Hauptverbandes der Bauindustrie gegen die Anordnung der Löschung der Regel 3 Nr. 1,[70] sowie der Deutschen Bundesbahn und des Gesamtverbandes Gemeinnütziger Wohnungsunternehmen wegen der Zurückweisung ihrer Beschwerden hinsichtlich der Regeln 2 Nr. 2, 4 und 6 [71] mußte der BGH über die Genehmigungsfähigkeit dieser WRn entscheiden.

Der BGH bestätigte die Entscheidung des KG. Er stellte zunächst bezüglich der WR 3 Nr. 1 fest, daß das KG durch seine, auf tatrichterlichem Gebiet liegende Auffassung, der Unternehmer werde durch diese Norm in aller Regel zu einer Selbstkostenermittlung vor der Preisbildung gezwungen, keinen Rechtsverstoß erkennen lasse.[72] Es sei auch zulässig, bei der Frage der Eintragungsfähigkeit einer WR zukünftige Entwicklungen zu berücksichtigen, die aber weitgehend nur mittels allgemeiner wirtschaftlicher und psychologischer Erwägungen abgeschätzt werden könnten. Auch in diesem Zusammenhang bescheinigte der BGH dem KG, weder Rechtsvorschriften, noch Erfahrungssätze außer Acht gelassen zu haben.[73]

In Übereinstimmung mit der Auffassung des KG und unter Bezugnahme auf dessen Argumentation [74] verneinte das Gericht das Vorliegen der Zweckbestimmung der WR gem. § 28 Abs. II GWB (a. F.). Dabei begründete es ausführlich, daß, abgesehen davon, daß das öffentliche Baupreisrecht nur für den begrenzten Teil der Bauleistungen gelte, die auf Grund öffentlicher oder mit öffentlichen Mitteln finanzierter Aufträge erbracht werden und die VOB keinen verbindlichen Charakter habe, sich aus diesen Vorschriften nicht ergebe, daß die Bildung kostendekkender Preise gerade auf dem Baumarkt einem Gebot des lauteren Wettbewerbs entspreche. Keine dieser Vorschriften lege den Unternehmen eine derartige Rechtspflicht auf: Soweit die Art der Ausschreibung eine Selbstkostenermittlung notwendig erfordere, ergebe sich deren Aufstellung bereits aus dem Wesen der Sache, ohne daß es hierzu einer WR bedürfte. Im übrigen unterscheide die BaupreisVO ausdrücklich zwischen Wettbewerbspreisen und Selbstkostenpreisen. [75] Soweit die VOB für die Vergabe im Ausschreibungswesen Bestimmungen über die Preise vorsehe, stünden diese in einem solchen Widerspruch zu dem Grundsatz der freien Preisbildung, daß eine Verallgemeinerung der vorgesehenen Regelung durch eine in die gleiche Richtung zielende WR mit der Zweckrichtung des GWB unvereinbar wäre. [76]

Die WR sei nach Ansicht des BGH auch nicht geeignet, einem unlauteren Verhalten entgegenzuwirken, das darin liegen würde, daß ein Unternehmer in der Absicht einer Benachteiligung oder Irreführung des Auftraggebers durch ein Angebot unter Selbstkosten einen Vorsprung im Wettbewerb anstrebe. Wer in der Einstellung, die Unterschreitung seiner Selbstkosten bewußt in Kauf zu nehmen, in dem Gedanken, sich später zum Nachteil des Auftraggebers schadlos halten zu können, ein Preisangebot abgebe, tue dies auch dann, wenn er vorher die Selbstkosten ermittelt habe. Aus demselben Grunde könne die WR auch nicht zu einem lauteren Verhalten anregen. Selbst wenn die Regel vielleicht einen entfernten mittelbaren Einfluß äußern könnte, würde dieser nach Ansicht des Gerichts doch praktisch so bedeutungslos sein, daß er gegenüber dem Zweck, der mit der WR verfolgt werde, nämlich eine Abgabe kostendeckender Angebote zu erstreben, außer Betracht bleiben müßte und nicht geeignet sei, den Zweck des § 28 Abs. II GWB (a. F.) herzustellen. [77]

Das so gefundene Ergebnis werde nach Ansicht des BGH durch Mitberücksichtigung der übrigen eingetragenen WRn nicht in Zweifel gezogen, wie die Beschwerdeführer meinten, sondern, im Gegenteil, noch bestätigt. Dabei wies das Gericht vor allem darauf hin, daß bei Genehmigung der Regel 3 Nr. 1 damit zu rechnen sei, daß einige andere WRn als im Sinne der Regel 3 Nr. 1 eingeschränkt ausgelegt werden würden. So befürchtete der BGH, daß eine Preisbildung unter den Selbstkosten in Zukunft schon an sich für unwirtschaftlich, verantwortungslos, sachlich nicht gerechtfertigt und gemeinschädlich angesehen werde, bzw. daß bei ande-

ren WRn, zu deren Tatbestand der Nachweis der bewußten Zuwiderhandlung gehöre, diese bewußte Zuwiderhandlung bereits schon dann als erbracht angesehen werde, wenn der Wettbewerber keine Selbstkostenermittlung vorlege.[78] Außerdem würde, indem der Unternehmer genötigt werde, sich durch Aufstellung und gegebenenfalls Vorlage einer Selbstkostenermittlung von dem Vorwurf der Unlauterkeit zu entlasten, die Beweislast umgekehrt werden.[79]

Selbst wenn die WR, so fuhr der BGH fort, über ihren Wortlaut hinaus als Vorschrift zur Förderung des sog. Leistungswettbewerbs verstanden werden würde, stehe der Eintragungsfähigkeit entgegen, daß die Festlegung auf kostendeckende Preise geeignet sei, eine Erstarrung des Preisgefüges auf dem Baumarkt zu fördern und den vom GWB gewollten Wettbewerb zu beschränken.[80]

Schließlich wies der BGH noch darauf hin, daß, ungeachtet der Frage, ob WRn auch[81] als "Instrument zur Unterstützung strukturpolitischer Zielfunktionen der Wirtschaftspolitik" verwendet werden könnten, eine Regel vorliegenden Inhalts auch nicht durch strukturpolitische Gesichtspunkte gerechtfertigt werden könne.[82]

Der BGH ließ ausdrücklich offen, ob WRn die den Leistungswettbewerb förderten, schon aus diesem Grunde eintragungsfähig seien, wobei strukturpolitische Überlegungen mit angestellt werden dürften. Entscheidend für seine Auffassung war vielmehr, ob die WR die Lauterkeitsbezogenheit i. S. d. § 28 Abs. II GWB (a. F.) aufzuweisen hatte.

Auch hinsichtlich der Regel 2 Nr. 2 folgte der BGH der Auffassung des KG.[83] die WR regele nicht das "Wie" der Preisbildung, sondern die Angaben über den Preis. Auch von einem rechtlich ungeschulten Unternehmer könne erwartet werden, daß er den Vorgang der Preisbildung einerseits und die Art der Verlautbarung gegenüber dem Auftraggeber andererseits zu unterscheiden wisse.[84] Selbst wenn Verstöße bei Preisangeboten in Gestalt von Leistungsverzeichnissen in praktisch nur geringem Maße vorkommen könnten, so behielte das Gebot, klare und wahre Preisangaben zu machen, doch jedenfalls sein volles Gewicht für diejenigen Bauaufträge, bei denen die Preise auf andere Weise als durch das Einsetzen in Leistungsverzeichnissen angegeben werden würden.[85]

Die Regel könne auch nicht als Aufforderung zu einer kostendeckenden Preisbildung aufgefaßt werden und damit wettbewerbsbeschränkend wirken, denn das Gebot klarer und wahrer Preisangaben gegenüber dem Auftraggeber stehe in keiner ursächlichen Beziehung zu dem kalkulatorischen Grundsatz der Selbstkostendekkung.[86] Der erlaubte Wettbewerb werde durch die WR nicht beschränkt. Diese wirke vielmehr einem unlauteren Preiswettbewerb entgegen, der hier darin bestehen würde, daß ein Anbieter sich durch unklare oder unwahre Preisangaben einen Vorsprung vor seinen Mitbewerbern verschaffe.[87] Im Gegensatz zur Auffassung

des KG und des BKartA [88] stellte der BGH, nachdem er schon aus einem anderen Grunde einen Verstoß gegen § 1 GWB verneinte, auf einen konkreten Unlauterkeitstatbestand ab, bejahte also das Vorliegen einer WR gem. § 28 Abs. II 1. Alternative GWB (a. F.).

Auch hinsichtlich der Regel 4 folgte der BGH der Auffassung des KG, [89] das in dieser WR eine Wiedergabe von Grundsätzen erblickte, die nach der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung und nach der im Schrifttum herrschenden Auffassung bei der Beurteilung der Lauterkeit oder Unlauterkeit einer durch Selbstkostenunterschreitung ermöglichten Preisunterbietung zu beachten seien. [90] Dabei sei es irrelevant, daß die Regel nicht auf die Preisunterbietung als solche, sondern auf Preisangebote unter Selbstkosten abgestellt sei. Hierbei werde lediglich einer der denkbaren Fälle der Preisunterbietung herausgegriffen. Eine Unterschreitung der Selbstkosten, die nicht zur Unterbietung der Preise der Mitbewerber führe, könne im Rahmen der Regel 4 keine ernstliche Bedeutung erlangen, was sich für den vernünftig denkenden Unternehmer von selbst verstehe. [91]

Keine Bedenken hatte der BGH gegen die Worte "ohne weiteres" im ersten Halbsatz der WR. Dem Zweck der WRn, einer Tendenz zur Unlauterkeit entgegenzuwirken, werde besser gedient, wenn schon aus dem den Unlauterkeitstatbeständen vorangestellten Grundsatz entnommen werden könne, daß damit das Preisangebot unter Selbstkosten nicht etwa einer sittlich-rechtlichen Wertung entzogen sei. Ein Druck, kostendeckende Preise zu bilden, sei nicht zu besorgen. [92] Ebenso könne eine Gefahr für die Freiheit des Wettbewerbs durch das Fehlen einer Erläuterung des Begriffs "Selbstkosten" nicht erblickt werden. Die im 2. Halbsatz der WR aufgeführten Voraussetzungen ließen den Ausnahmecharakter dieses Verbotstatbestandes auch für den juristischen Laien so deutlich hervortreten, daß mit einer Rückwirkung des Verbots auf die freie Preisbildung im lauteren Preiswettbewerb nicht zu rechnen sei. Der Unternehmer werde sich also nach Ansicht des BGH nicht für verpflichtet halten, seinen Preisangeboten Selbstkostenbeträge in Gestalt bestimmter, allgemein festliegender Sätze ohne Besonderheiten seines Betriebs und des jeweiligen Auftrages zugrunde zu legen. [93] Auch sei nicht damit zu rechnen, daß die Verbände allgemein verbindliche Selbstkostensätze aufstellen würden. Eine solche Handhabung könnte nicht durch die Regel 4 gedeckt sein, weil deren Voraussetzungen, zumal in der nach Regel 4, Halbsatz 2 erforderlichen Summierung, im Einzelfall immer nur auf Grund der besonderen Verhältnisse des jeweiligen Unternehmers beurteilt werden könnten. [94]

Weiterhin wies das Gericht darauf hin, daß die in Regel 4, Halbsatz 2 aufgeführten Merkmale nicht, wie die Beschwerdeführer meinten, zu unbestimmt seien. Unter Auslegung dieser Merkmale, die sich mit der Auslegung durch das KG [95] im wesentlichen deckte, kam es zu dem Ergebnis, daß diese der Kalkulations-

freiheit keine engeren Grenzen zögen, als sie sich aus dem Gebot des lauteren Wettbewerbs ohnehin ergeben würden [96] und daß es keinem Zweifel unterliege, daß eine Preisgestaltung, die die Voraussetzungen der Regel 4, Halbsatz 2 in ihrer Summierung verwirkliche, den Grundsätzen lauteren Wettbewerbs widerspreche und die Regel somit nicht gegen § 1 GWB verstoßen könne. [97]

Schließlich bedeuteten nach Ansicht des BGH die Worte "ohne gerechtfertigten Grund" keine Beweislastumkehr dergestalt, daß dem preisunterbietenden Unternehmer ein Entlastungsbeweis aufgebürdet werde. Damit werde lediglich angesprochen, daß es auch demjenigen Unternehmer, dem gegenüber der Nachweis der übrigen Voraussetzungen der Regel 4, Halbsatz 2 geführt sei, noch freistehe, seinerseits Rechtfertigungsgründe für sein Verhalten geltend zu machen. Diesen treffe in diesem Falle schon nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises die Beweislast, zumindest aber die Darlegungslast. [98]

Die Regel 6 hielt der BGH ebenfalls in Übereinstimmung mit dem KG [99] für eintragungsfähig. Zunächst wies er die Auffassung der Rechtsbeschwerdeführer zurück, die WR betreffe kein Verhalten im Wettbewerb, denn die Abweichungen von den Bestimmungen der VOB/A müßten nach dem eindeutigen Wortlaut der Regel geeignet sein, einzelnen Anbietern einen sachlich nicht gerechtfertigten Wettbewerbsvorsprung zu verschaffen. Die Ausnutzung der durch die Abweichung von der VOB/A gebotenen wettbewerblichen Vorteile stelle aber ein Verhalten im Wettbewerb dar. [100]

Der BGH betonte, daß die WR keinen Zwang beinhalte, Bauaufträge nach der VOB/A zu vergeben. Sie greife erst dann ein, wenn der Auftraggeber seinerseits bereits eindeutig bestimmt habe, daß ein Auftrag nach der VOB/A vergeben werde und in welcher Weise eine derartige Vergabe vor sich gehen solle. Aus diesem Grund könne die getroffene Wahl zwischen den verschiedenen Vergabearten in den Verdingungsordnungen keinesfalls als "Abweichung" von der VOB/A im Sinne der Regel 6 angesehen werden. [101]

Die WR sei auch nicht anwendbar bei solchen Abweichungen von der VOB/A, die für alle Anbieter in gleicher Weise gelten, denn solche Abweichungen würden nicht zu einem nicht gerechtfertigten Wettbewerbsvorsprung einzelner Anbieter führen können. [102] Die rechtliche Lage der Auftraggeber werde nicht dadurch zum Nachteil des freien Wettbewerbs verändert, daß die Auftraggeber auf Abweichungen von denjenigen Bestimmungen aufmerksam gemacht werden würden, die sie selbst als Grundlage für die Vergabe gewählt hätten. Regel 6 habe auch nicht die Wirkung, daß durch Einflußnahme auf die Entscheidungsfreiheit der Auftraggeber mittelbar der Wettbewerb unter den Anbietern beschränkt werde. Soweit eine solche Beschränkung eintreten würde, könne sie nur dadurch verursacht sein, daß der Auftraggeber der Vergabe des betreffenden Bauobjekts die VOB/A zu-

grunde gelegt habe. Hierüber müsse sich der Auftraggeber aber schon schlüssig geworden sein, bevor Regel 6 überhaupt zur Anwendung kommen könne.[103)]

Im übrigen, so fuhr der BGH fort, enthalte die WR keine Verpflichtung, Abweichungen von der VOB mitzuteilen. Sie gestatte auch nicht den Schluß, daß ein Unternehmer unlauter handle, wenn er eine solche Mitteilung unterlasse. Die Regel spreche auch keine Empfehlung aus, sondern fördere allenfalls ein erlaubtes Verhalten, mit dem der Auftraggeber ohnehin rechnen müßte, indem sie es für lauter erkläre. Darin liege keine Beschränkung des erlaubten Wettbewerbs.[104)]

In dieser bloßen Erklärung, es sei lauter, den Auftraggeber auf Abweichungen von Vergabebedingungen hinzuweisen, die er selbst für maßgebend erklärt habe und in einem entsprechenden Verhalten der Unternehmer liege keine Behinderung des Auftraggebers, die als unbillig angesehen werden könnte.[105)] Die Regel 6 sehe zwar Hinweise nur gegenüber denjenigen Auftraggebern vor, die die VOB/A anwendeten und nicht für Ausschreibungen, denen die VOB/A nicht zugrundeliege. Die Grundlage, auf der in den Fällen der VOB/A und in den anderen Fällen die etwaige Abweichung von den Ausschreibungsbedingungen zu ermitteln wäre, sei so unterschiedlich, daß eine gesonderte Behandlung erstgenannter Fälle in einer WR sachlich gerechtfertigt erscheine, eine unzulässige Diskriminierung somit ausscheide.[106)]

Die Argumentation des BGH zur Zulässigkeit dieser letzten WR zeigt, daß das Gericht sich intensiv mit der Frage befaßte, ob durch sie der erlaubte Wettbewerb beschränkt werde. Die Frage, ob die Regel die Zweckbestimmung des § 28 Abs. II GWB (a. F.) enthalte, wurde nur am Rande gestreift, indem der BGH sagte, daß die WR ein "erlaubtes" Verhalten fördere. Damit gab er zu erkennen, daß er hier für den Fall, daß der erlaubte Wettbewerb nicht beschränkt werde, auf die Prüfung der Zweckrichtung des § 28 Abs. II GWB überhaupt verzichtete, oder doch bereits die Förderung "erlaubten" Handelns zu den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zählte. Nachdem das Gericht im selben Beschluß bezüglich Regel 3 Nr. 1 das Vorliegen der Lauterkeitsbezogenheit von WRn ausdrücklich als notwendig für deren Zulässigkeit bezeichnete,[107)] ist davon auszugehen, daß der BGH letztgenannter Auffassung war. Das Gericht sagte auch deutlich (hinsichtlich Regel 4), daß eine WR, die ein Verhalten verbiete, das den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs widerspreche, nicht gegen § 1 GWB verstoßen könne.[108)]

Der Schwerpunkt der Argumentation wurde also in der vorliegenden Entscheidung verschieden gesetzt: Wenn die Zweckbestimmung einer WR nach Ansicht des Gerichts nicht vorliege, dürfe sie nicht eingetragen werden.[109)] Ein Verstoß gegen § 1 GWB wurde entweder verneint, weil die Regel ein Verhalten verbiete, das den Grundsätzen eines lauteren Wettbewerbs widerspreche,[110)] oder es wurde aus § 1 GWB selbst heraus begründet, daß eine Wettbewerbsbeschränkung

nicht vorliege. In diesem Falle wurde nur am Rande auf den Zweck von WRn gem. § 28 Abs. II GWB (a. F.) eingegangen. [111)]

TEIL V
Der Einfluß der Entscheidungen der Gerichte auf die Praxis der Kartellbehörden

1. KAPITEL
Der Einfluß des KG und der OLG

Wie oben ausgeführt, [112] haben diese Gerichte mit nur einer Ausnahme die Auffassung der Kartellbehörden in Bezug auf die Eintragungsfähigkeit der ihnen vorgelegten WRn bestätigt. Die vom KG und vom BGH nicht genehmigte Regel 3 Nr. 1 der "Bauindustrie" [113] wurde in der Folgezeit in dieser Fassung den Behörden nicht mehr zur Entscheidung vorgelegt, vielmehr enthielten die maßgeblichen WRn lediglich eine Anregung, nicht eine Verpflichtung zur Vorkalkulation. [114] Das BKartA nahm hierbei auf den BGH Bezug. [115] Auch die Regel § 7 des "Kfz-Handels", deren Zulässigkeit vom BKartA wie vom KG verneint wurde, [116] tauchte in den folgenden Eintragungsanträgen nicht mehr auf.

In der Eintragungsbegründung der Regel II Abs. III der Kraftfahrlehrer Niedersachsens, die sich inhaltlich mit der dem OLG Hamburg vorgelegten WR deckt, wurde die Ansicht dieses Gerichts, [117] auf die sich die LKartB bezog, mit angeführt. [118]

Die Eintragung einer WR mit dem Inhalt der Regel 6 des Hauptverbandes der Bauindustrie wurde nicht mehr beantragt. Die übrigen WRn, mit denen sich das KG auseinandersetzte, [119] wurden auch vom BGH behandelt. [120] In keiner der auf die Urteile folgenden Eintragungsbegründungen wurde das KG zitiert.

Die allgemeinen Erwägungen des KG und des OLG Hamburgs über die Voraussetzungen für die Eintragungsfähigkeit von WRn [121] wurden von den Kartellbehörden nicht übernommen. [122]

2. KAPITEL
Der Einfluß des BGH

In der Begründung der Zulässigkeit von WRn, die das BKartA nach der Entscheidung des BGH vom 15. 7. 1966 mit dem Inhalt der Empfehlung einer Vorkalkulation eintrug, wurde auf den BGH verwiesen, der gegen eine derartige "Soll"-Vorschrift bei Vorliegen der Lauterkeitsbezogenheit nichts einzuwenden hatte. [123] Bezüglich WRn, die besagen, daß Preisangaben den Grundsätzen der Preiswahrheit und -klarheit entsprechen müssen, [124] folgten die Behörden ihrer Eintragungspraxis, ohne den BGH zu zitieren.

In 2 Eintragungsbeschlüssen nach dem Beschluß des BGH wurde auf diesen bei der Eintragung von WRn, die einen Unterselbstkostenverkauf verbieten, Bezug genommen. [125] Dabei waren die Regeln in diesen Anträgen ersichtlich an diesen Beschluß angelehnt. [126] Das BKartA übernahm hier vor allem die Auslegung des Begriffs "bewußte Mißachtung der Grundsätze einer wirtschaftlichen und verantwortungsbewußten Unternehmensführung" durch den BGH. [127]

Die eigentliche Bedeutung dieser BGH-Entscheidung lag in den allgemeinen Ausführungen über die Eintragungsfähigkeit von WRn: Wie oben [128] dargelegt, ließ das Gericht in Bezug auf die Regel 3 Nr. 1 der "Bauindustrie" offen, ob Regeln, die nicht gegen § 1 GWB verstoßen und den Leistungswettbewerb fördern, schon der Zweckbestimmung des § 28 Abs. II GWB (a. F.) genügten. Auch ließ es ausdrücklich dahingestellt, ob WRn auch als Instrument zur Unterstützung strukturpolitischer Zielfunktionen der Wirtschaftspolitik verwendet werden können.
Das BKartA, das im Tätigkeitsbericht 1965 eine weite Auslegung des § 28 Abs. II GWB (a. F.) vornahm und auch WRn für eintragungsfähig hielt, die den Leistungswettbewerb schützen und fördern, wobei nach Ansicht des Amtes in diesem Bericht bei der Anwendung der §§ 28 ff. GWB auch Raum für strukturpolitische Überlegungen bestehen dürften, [129] gab diese Meinung auf Grund des Beschlusses des BGH wieder auf [130] und trug in der Folgezeit nur noch WRn ein, deren Lauterkeitsbezogenheit es bejahte. [131]

Anhang: Fußnoten zu Teil IV und V

1) WuW/E OLG 702 ff.
2) WuW/E BKartA 766 ff.
3) Wortlaut s. o. Teil III, 4. Kapitel, 1., a) S. 125
4) WuW/E BKartA 619 ff., s. o. Teil III, 4. Kapitel, 1., a) S. 125 ff.
5) vgl. FN 2 und oben Teil III, 4. Kapitel, 1., a) S. 128 f.
6) ohne jedoch den Begriff "graue Zone" zu gebrauchen.
7) s. o. Teil II, 2. Kapitel, S. 45 ff.
8) WuW/E OLG 703; diese Auffassung, die sowohl den Zweck von WRn gem. § 28 Abs. II GWB (a. F.) als auch den "schützenswerten Wettbewerb" berücksichtigt, bedeutet eine Kombination der Ansichten des BKartA zur Eintragungsfähigkeit dieser WRn, s. FN 7.
9) a. a. O.
10) s. o. Teil III, 4. Kapitel, 1., a) S. 125 ff.
11) WuW/E OLG 704
12) das Gericht ließ hier erkennen, daß es nunmehr seiner Ansicht nach nicht darauf ankommt, ob die WR den Zweck des § 28 Abs. II GWB (a. F.) erfüllt, weil sie einen dem Grundgedanken des GWB zuwiderlaufenden Eingriff in den freien Wettbewerb darstelle, a. a. O.
13) s. o. Teil III, 4. Kapitel, 1., a) S. 125 ff., 128 f.
14) WuW/E OLG 704
15) s. o. Teil III, 4. Kapitel, 1., a) S. 128 f.
16) s. o. Teil III, 4. Kapitel, 1., a) S. 127
17) vgl. FN 12
18) WuW/E OLG 755 ff.
19) WuW/E BKartA 813 ff.
20) Wortlaut s. WuW/E BKartA 814
21) WuW/E BKartA 590 ff., s. o. Teil III, 1. Kapitel, g), aa) S. 110 ff. (Regel 2 Nr. 2); Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 77 ff. (Regel 3 Nr. 1); Teil III, 1. Kapitel, e), aa) S. 97 ff. (Regel 4); Teil III, 2. Kapitel, b) S. 116 ff. (Regel 6) (Beschlußabt.); und FN 19, s. o. Teil III, 1. Kapitel, g), Anhang FN 8 S. 112 (Regel 2 Nr. 2); Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 79 f. (Regel 3 Nr. 1); Teil III, 1. Kapitel, e), aa) S. 98 f. (Regel 4); Teil III, 2. Kapitel, b) S. 116 f. (Regel 6) (Einspruchsabt.)
22) WuW/E OLG 756
23) s. FN 21
24) WuW/E OLG 757, (Hervorhebung vom KG)
25) da Preisangaben, durch die die Selbstkosten der Anbieter nicht gedeckt würden, nicht ohne weiteres sittenwidrig seien, reiche es nicht aus, daß das Gebot der Vorkalkulation kostendeckende Preisangebote zu fördern geeignet

sei. Es sei nicht ersichtlich, inwieweit die WR geeignet sein solle, konkret wettbewerbswidrige Preisangeboten, wie Vernichtungswettbewerb oder Schleuderei, entgegenzuwirken, WuW/E OLG 758.

26) WuW/E OLG 756 f.
27) WuW/E OLG 757
28) s. FN 21
29) WuW/E OLG 759
30) WuW/E OLG 758 f.
31) WuW/E OLG 758
32) s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 77 ff., 79 f.
33) aus diesem Grunde wurde die Beschwerde eingelegt, obwohl eine Änderung der WR vorgenommen wurde, die statt des Wortes "Preisgestaltung" die Worte "Angaben über Preise, Preisbestandteile und Konditionen" setzte und der Einspruch gegen die Eintragung der Regel insoweit als erledigt angesehen wurde, s. o. Teil III, 1. Kapitel, g), Anhang, FN 8, S. 112
34) WuW/E OLG 759
35) WuW/E OLG 760
36) WuW/E OLG a. a. O. (Hervorhebung vom KG)
37) WuW/E OLG 761
38) a. a. O.
39) s. o. Teil III, 1. Kapitel, e), aa) S. 98 f.
40) eine Regel dieses Inhalts findet sich lediglich in "Bauindustrie", s. o. Teil III, 2. Kapitel, b) S. 116 f.
41) s. FN 20
42) WuW/E OLG 761
43) WuW/E OLG 762
44) a. a. O.
45) WuW/E OLG 762 f. (Hervorhebung vom KG)
46) WuW/E OLG 762
47) WuW/E BKartA 595 f. (Beschlußabt.); WuW/E BKartA 816 (Einspruchsabt.)
48) WuW/E BKartA 595, s. o. Teil III, 2. Kapitel, b) S. 116 f.
49) s. o. Teil IV, 1. Kapitel, b) S. 180
50) s. o. Teil IV, 1. Kapitel, b) S. 182
51) so ausdrücklich BKartA, WuW/E BKartA 595
52) vgl. WuW/E OLG 761
53) WuW/E OLG 781 ff.
54) Wortlaut: WuW/E LKartB 97 f.; diese WR tauchte lediglich in Eintragungsbeschlüssen der LKartBn auf und wurde aus diesem Grunde bei der Darstellung der Praxis der Kartellbehörden nicht behandelt.
55) WuW/E LKartB 98 ff.
56) WuW/E OLG 784

57) a. a. O.
58) WuW/E OLG 785; der Hinweis auf § 28 Abs. II GWB (a. F.) zeigt, daß das OLG Hamburg wie auch das BKartA bei diesen WRn der "grauen Zone" in erster Linie auf den Zweck der WRn abstellte, s. hierzu oben Teil II, 2. Kapitel, S. 45 ff.
59) a. a. O.
60) a. a. O.
61) was das BKartA bei Regeln der "grauen Zone" nur selten tat, s. o. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 45 ff.
62) WuW/E OLG 785 f. - ähnlich die Auffassung des BKartA in "Immobilienmakler", WRn mit der Zweckbestimmung des § 28 Abs. II GWB (a. F.) richteten sich nicht gegen einen "schützenswerten Wettbewerb", s. o. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 49
63) WuW/E OLG 786
64) so auch das BKartA, s. o. Teil III, 2. Kapitel, g) S. 110 ff. Teil III, 3. Kapitel, S. 122 ff.
65) s. o. Teil IV, 1. Kapitel, c) S. 185
66) a. a. O.
67) WuW/E LKartB 98 ff.; die LKartB wies darauf hin, daß durch die Forderung einer klaren Preisaufgliederung der in diesem Gewerbe besonders großen Verlockung zu unlauteren Werbemethoden begegnet werden könne. Dabei werde ein gewisser Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit nicht verkannt, der allerdings keine schwerwiegende Beschränkung oder gar ernsthafte Gefährdung des Wettbewerbs bedeute, WuW/E LKartB 99.
68) WuW/E BGH 767 ff.
69) s. o. Teil IV, 1. Kapitel, b) S. 179 ff.
70) s. o. Teil IV, 1. Kapitel, b) S. 179 f.
71) s. FN 69
72) WuW/E BGH 770
73) WuW/E BGH 770 f.
74) s. o. Teil IV, 1. Kapitel, b) S. 179 ff.
75) WuW/E BGH 771 f.
76) WuW/E BGH 772
77) WuW/E BGH 772 f.
78) WuW/E BGH 774
79) WuW/E BGH 775
80) WuW/E BGH 776
81) Hervorhebung durch den BGH
82) WuW/E BGH 776; der BGH brachte diese Äußerung unter Hinweis auf den TB 1965, S. 15. Dort hatte das BKartA, gemäß seiner dort vertretenen weiten Auffassung hinsichtlich des Inhalts der "Grundsätze des lauteren Wettbe-

werbs", s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 27 f. davon gesprochen, daß bei der Frage der Zulässigkeit von WRn auch Raum für strukturpolitische Überlegungen "sein dürfte", a. a. O. Diese weite Fassung hat das BKartA aber wegen dieses BGH-Urteils wieder aufgegeben, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 29

83) s. o. Teil IV, 1. Kapitel, b) S. 181
84) WuW/E BGH 780
85) a. a. O.
86) a. a. O.
87) WuW/E BGH 781
88) die annahmen, daß es sich bei der WR um einen "wettbewerbsrechtlich anerkannten Grundsatz" handle, s. o. Teil III, 1. Kapitel, g, aa) S. 110; Teil IV, 1. Kapitel, b) S. 181, und somit eine "Förderungsregel" gem. § 28 Abs. II, 2. Alternative GWB (a. F.) bejahten.
89) s. o. Teil IV, 1. Kapitel, b) S. 181 f.
90) WuW/E BGH 781
91) a. a. O. (Hervorhebung vom BGH)
92) WuW/E BGH 782
93) WuW/E BGH 782 f.
94) WuW/E BGH 783
95) s. o. Teil IV, 1. Kapitel, b) S. 181 f.
96) WuW/E BGH 783
97) WuW/E BGH 784
98) a. a. O.
99) s. o. Teil IV, 1. Kapitel, b) S. 182 ff.
100) WuW/E BGH 785 f.
101) WuW/E BGH 786
102) WuW/E BGH 787, (Hervorhebung vom Verf.)
103) a. a. O.
104) WuW/E BGH 787 f.
105) WuW/E BGH 788
106) a. a. O.
107) s. o. Teil IV, 2. Kapitel, S. 186 ff.
108) s. o. Teil IV, 2. Kapitel, S. 190
109) s. FN 107
110) s. FN 108
111) s. o. Teil IV, 2. Kapitel, S. 188 f. (Regel 2 Nr. 2) und S. 190 ff. (Regel 6)
112) Teil IV, 1. Kapitel, S. 178 ff.
113) s. o. Teil IV, 1. Kapitel, b) S. 179 ff., 2. Kapitel, S. 186 ff.
114) s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 80 f.
115) s. o. Teil V, 2. Kapitel, S. 194

116) s. o. Teil IV, 1. Kapitel, a) S. 178 ff.
117) s. o. Teil IV, 1. Kapitel, c) S. 184 ff.
118) WuW/E LKartB 136; dabei ließ die Behörde offen, ob die Regel schon deshalb eingetragen werden mußte, weil sie keinen wettbewerbsbeschränkenden Charakter habe; vgl. zu der in diesem Zusammenhang geäußerten Sondermeinung oben Teil II, 2. Kapitel, b) S. 52 f.
119) Regel 2 Nr. 2 und 4 der "Bauindustrie", s. o. Teil IV, 1. Kapitel, b) S. 181 ff.
120) s. o. Teil IV, 2. Kapitel, S. 188 ff.
121) s. o. Teil IV, 1. Kapitel, S. 178, 179 f., 185 f.
122) s. o. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 50 f., teilweise wurde die Argumentation des OLG Hamburg allerdings in "Kraftfahrlehrer Niedersachsen" gebraucht, s. o. Teil II, 2. Kapitel, b) S. 52 f.
123) s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 80 f. und Teil IV, 2. Kapitel, S. 186 ff.
124) Regel 2 Nr. 2 der "Bauindustrie", s. o. Teil IV, 2. Kapitel, S. 188 f.
125) "Baustoffhändler", "Tapetenhandel", s. o. Teil III, 1. Kapitel, e), aa) S. 98, 99
126) s. o. Teil III, 1. Kapitel, e), aa) S. 99
127) a. a. O.
128) s. o. Teil IV, 2. Kapitel, S. 188
129) TB 1965, S. 13 ff., s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 27 f., zum damaligen Zeitpunkt war die Förderung des Leistungswettbewerbs noch nicht als Zweck von WRn in § 28 Abs. II GWB aufgeführt, s. o. Teil I, S. 1 ff.
130) TB 1966, S. 11, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 29
131) s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 29 ff.

TEIL VI
Die ökonomische Kritik OEHLERS an der Praxis der Kartellbehörden

Aus ökonomischer Sicht hat sich hauptsächlich OEHLER in seiner vielbeachteten Arbeit [1] mit den WRn beschäftigt. Es ist reizvoll, seine Ansicht der der Kartellbehörden gegenüberzustellen.

1. KAPITEL
Der zulässige Inhalt von WRn im allgemeinen

Die Frage nach dem zulässigen Inhalt von WRn untersucht OEHLER zunächst im Hinblick darauf, ob der Wettbewerb durch sie beschränkt werden dürfe. Eine derartige Beschränkung des Wettbewerbs durch WRn sieht er nur dann als zulässig an, wenn es sich bei den §§ 28 ff. GWB, insbesondere bei § 28 Abs. II GWB um einen der Ausnahmebereiche vom Kartellverbot handeln würde, die der Gesetzgeber anerkannt hat. [2] Dies wird mit der Begründung verneint, ein "politischer" Ausnahmebereich liege nicht vor, weil WRn als Ausnahmeregelung zum Schutze des Mittelstandes ungeeignet seien. [3] Ein "echter" Ausnahmebereich sei ebenfalls nicht gegeben, weil die Voraussetzung hierfür, nämlich daß die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs unlautere Verhaltensweisen zur Folge habe, so daß beabsichtigt wäre, wenigstens die Unlauterkeit zu beseitigen, nachdem der Wettbewerb nicht funktionsfähig gemacht werden könne, nicht vorliege. [4]

Aus den seiner Meinung nach unterschiedlichen Zielrichtungen des UWG und des GWB [5] folgert OEHLER, daß Verbotstatbestände des UWG auch wettbewerbsbeschränkend sein könnten, so daß in WRn nur solche Verbotstatbestände des UWG aufgenommen werden dürften, die im jeweiligen Einzelfall nicht mit den Zielen des GWB in Konflikt geraten würden. [6] WRn der 1. Alt. des § 28 Abs. II GWB (a. F.) könnten deshalb nur der Verhinderung wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen zur Sicherung der Wettbewerbsfreiheit dienen, wobei bei Beachtung dieser wettbewerbspolitischen Zielsetzung auch WRn der "grauen Zone" eintragungsfähig seien. [7] Da § 28 Abs. II GWB nicht als Ausnahmetatbestand von § 1 GWB angesehen werden könne, dürften auch Regeln der 2. Alt. des § 28 Abs. II GWB (a. F.) nicht in Konflikt zur Sicherung der Wettbewerbsfreiheit geraten. Die durch diese Alternative gewollte Förderung des Wettbewerbs, die auch die Regelung bestimmter Marktstrukturkomponenten umfasse, dürfe nicht durch Wettbewerbsbeschränkungen erkauft werden. [8] Wenn hierbei der Begriff "Leistungswettbewerb" auftauche, so sei damit nicht der Begriff des "Leistungswettbewerbs"

i. S. d. UWG zu verstehen, weil dieser enger sei als der durch das GWB zu schützende Wettbewerb. Schützenswerter Wettbewerb i. S. des GWB sei vielmehr die "funktionsfähige" oder "wirksame" Konkurrenz. [9)]

2. KAPITEL
Kritik in Bezug auf die Eintragung von WRn, die den Maßstab für den Begriff der guten Sitten angeben

Die Kartellbehörden trugen alle WRn ein, die in Zusammenhang mit der Generalklausel, nach der im geschäftlichen Verkehr die Grundsätze eines lauteren Wettbewerbs einzuhalten und Handlungen zu unterlassen sind, die den guten kaufmännischen Sitten widersprechen, aussagen, daß es bei dem Maßstab für den Begriff der guten Sitten auf die allgemeine Verkehrsanschauung in Verbindung mit dem Anstandsgefühl des verständigen und anständigen Berufsstandsgenossen ankommen soll. [10)]

OEHLER sieht hier die Gefahr, daß über die Bildung eines standeseigenen Unlauterkeitsbegriffs Sonderinteressen des jeweiligen Wirtschaftsverbandes durchgesetzt werden könnten. Somit könnten lediglich unbequeme und unerwünschte Wettbewerbsmethoden ausgeschaltet und der Wettbewerb beschränkt werden, indem man die Betroffenen unter einen scheinbar behördlich sanktionierten, moralischen Druck setze. [11)] Dabei solle die Betonung der Berücksichtigung der "allgemeinen Verkehrsauffassung" durch das BKartA [12)] dieser Gefahr nicht begegnen können, weil der Begriff "allgemeine Verkehrsanschauung" von Branchenangehörigen anders verstanden werde als von Unparteiischen. Das Prüfungsrecht des BKartA sei ein zu schwaches Mittel, um die Auslegungsgrenzen durchzusetzen. [13)] Außerdem decke sich die "allgemeine Verkehrsauffassung" nicht mit der wettbewerbspolitischen Zielsetzung, was nach Ansicht OEHLERS Zulässigkeitsvoraussetzung für WRn sei. [14)] Dies ergebe sich daraus, daß die "allgemeine Verkehrsanschauung" Ausdruck der herrschenden Anschauungen über die Vereinbarkeit bestimmter Handlungen im Geschäftsverkehr mit sittlich-ethischen Normen darstelle, während die Wettbewerbspolitik gestaltend in den Wirtschaftsprozeß eingreife, um den Wettbewerb zu sichern und zu fördern. [15)]

Abgesehen davon, daß OEHLER einen Zielkonflikt zwischen dem UWG und dem GWB annimmt, [16)] er deshalb den Maßstab der "guten Sitten" für eine an der wettbewerbspolitischen Zielsetzung orientierten richtigen Anwendung der WRn überhaupt ablehnt, wendet er sich gegen die Einbeziehung der "Berufsauffassung" eines Wirtschaftszweiges in diesen Maßstab, weil die Besonderheiten einer Branche

in den konkreten WRn zu berücksichtigen seien, für ein Auslegungsrecht durch diese Verbände mithin kein Raum sei.[17)]

3. KAPITEL
Kritik in Bezug auf die Eintragung von WRn, die den Preiswettbewerb betreffen

a) Kritik in Bezug auf die Eintragung von WRn mit dem Grundsatz wirtschaftlicher Preisgestaltung

Die Kartellbehörden haben sämtliche WRn genehmigt, die von dem Unternehmer zwingend verlangen, oder ihm empfehlen, eine Preispolitik zu betreiben, nach der die Erfüllung der Verpflichtungen gegenüber den Gläubigern, der Belegschaft des Betriebes und dem Staat gewährleistet ist.[18)] Die in einigen Beschlüssen gegebene Begründung, die Erfüllung dieser Verpflichtungen sei in der WR nicht in Beziehung zu der Bemessung der Einzelpreise gesetzt worden[19)] greift OEHLER an. Er führt auf, daß wegen des problematischen Preis-Kostenvergleichs und des Nachweises des Vorsatzes in der WR im Falle des Verstoßes gegen sie, diese im Einzelfall kaum herangezogen werden könne und somit diesem Aspekt kein Einfluß auf den Wettbewerb ausgehen würde.[20)] Auch die WR als solche[21)] gewähre nur einen geringen Schutz vor Preisunterbietung: Durch die in der Regel statuierten Verpflichtungen werde der Widerstand des Wettbewerbers gegen eine Unterschreitung der in ihr enthaltenen Grenzen gestärkt. Bei sinkendem Marktpreis würde eine Pflicht zur Einhaltung dieser individuellen Preisuntergrenze zum Ausscheiden des einzelnen Anbieters führen. Dagegen wolle er sich wehren. Umstellungs- und Anpassungsprozesse erforderten aber Zeit, so daß die Preisuntergrenze unterschritten werde.[22)]

Im Hinblick auf den Zweck dieser WR, vor Preisunterbietungen zu schützen, würde ein Verband versuchen, ihre normierende Kraft zu stärken. Tue er dies, indem er die Selbstkosten definiere, könne die bloße Definition der Selbstkosten bei Vorliegen gewisser wirtschaftlicher Komponenten in einer Branche zur Herausbildung einer ziemlich identischen Preisuntergrenze führen. Die WR könne also entgegen der Auffassung des BKartA unter bestimmten Umständen als Regel zur Bemessung bestimmter Preise angesehen werden.[23)]

b) Kritik in Bezug auf die Eintragung von WRn, die eine ordnungsgemäße Kalkulation empfehlen, bzw. zu ihr verpflichten

Das BKartA genehmigte alle bei ihr zur Eintragung beantragten WRn, die eine Empfehlung bzw. Verpflichtung zur Kalkulation enthalten.[24] OEHLER, der aus einigen Eintragungsbegründungen des BKartA zitiert, sieht zunächst einen Widerspruch in der Aussage des Amtes in "ZuK", das Gebot einer ordnungsgemäßen Kalkulation ziele zwar auf eine "kostengerechte Preisstellung", die WR verpflichte jedoch weder zu einer bestimmten Preisstellung, noch stelle sie einen im Einzelfall verbindlichen Maßstab für die Bemessung der Preise auf,[25] denn wenn die Preisbildung "kostengerecht" sein solle, so sei dadurch ein Maßstab für die Preisbemessung aufgestellt.[26] Der vom Amt im selben Beschluß behauptete Folgerungszusammenhang, die ordnungsgemäße Kalkulation könnte eine wichtige Voraussetzung für eine am Markt orientierte Preisbildung sein, bestehe nicht zwingend, da die von der WR erfaßte "kostenorientierte" Preisbemessung durch eine Preisbemessung an "Marktgegebenheiten" für den Fall, daß sich der "kostenorientierte" Preis nicht durchsetzen lasse, völlig umgestoßen werde.[27] Nachdem es auch nicht richtig sei, daß, wie das Amt behauptete, eine ordnungsmäßige Kalkulation eine Voraussetzung für eine marktwirtschaftlich "richtige" Preisbildung sei,[28] hänge auch die weitere Schlußfolgerung, die Wirksamkeit des Grundsatzes der Preisfreiheit könnte insofern erhöht werden,[29] in der Luft.[30]

Die Ansicht des BKartA in "Bauindustrie", die Kalkulation sei lediglich ein betriebsinterner Vorgang,[31] so fährt OEHLER fort, sei nicht haltbar, weil allein aus dem Zweck der Kalkulation, der Preisbemessung von der Kostenseite her eine Grundlage zu liefern, ein Zusammenhang zwischen Kalkulation und Preisbemessung bestehe, wodurch der Kalkulation eine Außenwirkung vom Zweck her zukomme.[32]

Mit dem Hinweis, daß, wenn in einigen Branchen Betriebsvergleiche, einheitliche Kalkulationsformulare, -systeme oder -methoden bestehen würden oder nachträglich eingeführt würden, durch die WR nicht nur die Verpflichtung, überhaupt zu kalkulieren statuiert werde, diese vielmehr auch als Gebot ausgelegt werden würde, nach dieser bereits eingeführten bzw. von den Verbänden propagierten Methode zu kalkulieren oder die entsprechenden Kostenrechnungssysteme zu verwenden, befürchtet OEHLER eine Einschränkung der Preisautonomie des Unternehmers durch diese WR. Bei Vorliegen bestimmter Umstände nimmt er sogar die Herbeiführung einer unzulässigen Preisabrede an.[33]

c) Kritik in Bezug auf die Eintragung von WRn, die eine gezielte Preisunterbietung verbieten

Die Kartellbehörden gaben allen Eintragungsanträgen statt, die die sittenwidrige Preisunterbietung zum Inhalt einer WR machten.[34] OEHLER bezieht sich in seiner Kritik nicht unmittelbar auf die Aussagen der Behörden, macht aber deutlich, daß er die WR nicht in allen Fällen für eintragungsfähig hält: Während er bei Vorliegen eines ologopolistischen und teilmonopolistischen Wettbewerbs die WR als lauterkeitsfördernd und als mit der Erhaltung der Wettbewerbsfreiheit vereinbar sieht, ist er der Meinung, daß bei polypolistischer Verhaltensweise die Regel als im Gegensatz um Sinn und Zweck des GWB stehend, nicht zugelassen werden dürfe.[35] Dabei geht er davon aus, daß im allgemeinen gezielte Preisunterbietungen nur bei oligopolistischer Verhaltensweise oder bei dominierender Preisführerschaft aufträten.[36] Nachdem die WR aber nicht eindeutig und aus diesem Grunde auch nicht geeignet sei, die Wettbewerber über die Rechtslage aufzuklären,[37] habe sie auch Einwirkung auf Anbieter mit anderen Verhaltensweisen, so daß auch diese die dem oligopolistischen Verhalten entsprechende und von der WR geforderte Überlegung anstellen würden, welche Wirkung eine Preisunterbietung auf die Mitbewerber habe.[38]

Dies habe zur Folge, daß im Zweifel über den Eintritt der in der WR mißbilligten Wirkung, und, falls diese mit der allgemeinen Beeinträchtigung gleichgesetzt werde, eine beabsichtigte Preisunterbietung unterlassen werden würde. Die Tendenz gehe dahin, jeden Wettbewerb, besonders den harten über den Preis, als unfair abzustempeln. Somit werde der Wettbewerb bei polypolistischer Verhaltensweise beschränkt.[39]

d) Kritik in Bezug auf die Eintragung von WRn, die einen Verkauf unter Selbstkosten verbieten

Die Kartellbehörden trugen auch alle WRn ein, die unter bestimmten Voraussetzungen den Verkauf unter Selbstkosten untersagen.[40] OEHLER untersucht die verschiedenen Zielsetzungen der WR und kommt unter Zugrundelegung seiner Auffassung, WRn dürften den Wettbewerb nicht beschränken,[41] zu dem Ergebnis, daß nicht in allen Fällen die Zweckrichtung von WRn gem. § 28 Abs. II GWB (a. F.), der dieser Grundsatz immanent sei, durch diese Zielsetzung erreicht werde. So würden durch die WR auch Verhaltensweisen erfaßt werden, bei denen der Marktanteil des Unterbieters zu gering sei, um bei Unterselbstkostenverkäufen eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen.[42] In Fällen, in denen die Regel auch darauf abstelle, daß Preisangebote nicht in "gemeinschädlicher Weise" an-

geboten werden dürften,[43] wobei OEHLER hinter der "Gemeinschädlichkeit" den Gedanken des "Branchenzusammenbruchs" sieht,[44] sei die WR mit § 28 Abs. II GWB (a. F.) nicht zu vereinbaren, wenn sich der Vorwurf der "Gemeinschädlichkeit" auf die Beeinträchtigung der Gewinne der Mitbewerber reduzieren müsse, weil im konkreten Fall ein "Branchenzusammenbruch" nicht möglich sei.[45]

Eine Beschränkung des Wettbewerbs, mit der Folge, daß das Verhalten Inhalt einer WR sein könnte, liege auch nicht vor, wenn sich der Anbieter lediglich an neuen Marktgegebenheiten anpasse und durch die Anwendung der WR in diesem Fall volkswirtschaftliches Produktivkapital vor seiner Entwertung ausgeschieden werden würde.[46] Soweit es wegen rückläufiger Konjunktur oder der Änderung von Verbrauchsgewohnheiten auf Grund der entstandenen Überkapazitäten zum Verkauf unter Selbstkosten komme, würde die WR ein entsprechendes Verhalten stärken oder durch das Vorverlegen des Ausscheidungszeitpunktes des betroffenen Anbieters eine Preisstabilisierung herbeiführen. Die WR würde so zur Erreichung wirtschaftspolitischer Ziele eingesetzt werden, die aber nicht durch § 28 Abs. II GWB (a. F.) gedeckt seien.[47] Die Manipulierbarkeit des Selbstkostenbegriffs, sowie die Ausrichtung der WR an die Schädigung der Mitbewerber,[48] so meint OEHLER abschließend, führten zur Abschwächung des Preiswettbewerbs,[49] so daß die WR Wettbewerbsbeschränkungen enthalte.[50]

e) Kritik in Bezug auf die Eintragung von WRn, die eine Empfehlung bzw. Verpflichtung zur Preislistenführung beinhalten

Im Gegensatz zum BKartA, das WRn dieses Inhalts bei Vorliegen "besonderer Umstände", sowie dann eintrug, wenn die Regel gesetzliche Vorschriften wiederholte,[51] hält sie OEHLER nicht in allen Fällen für zulässig: Er kritisiert zunächst, daß das BKartA einen Verstoß gegen § 1 GWB verneinte, wenn die Führung von Preislisten in einer Branche aus kaufmännisch-technischen oder betriebsorganisatorischen Gründen notwendig und nachweislich üblich sei.[52] Das Vorliegen dieser Merkmale sage nichts darüber aus, ob die WR in einer Branche den Wettbewerb fördere oder beschränke. Außerdem könne die Zulässigkeit der WR auch deshalb vom Vorliegen dieser Kriterien nicht abhängig gemacht werden, weil sonst in Branchen, in denen durch die Einführung der Preislistenführungspflicht eine Förderung des Wettbewerbs zu erwarten wäre, dies nicht möglich sei.[53] Durch den Verzicht auf diese Merkmale würde auch ein Widerspruch zu den Ausführungen des BKartA in "ZuK" ausgeräumt, wo die Behörde ausführte, allein aus der Branchenüblichkeit von Preislisten oder aus der durch sie möglicherweise er-

zielten Verbesserung der Markttransparenz könne nicht geschlossen werden, daß die WR eintragungsfähig sei.[54] Für OEHLER ist es auch nicht ersichtlich, daß die Regel vorbeugend die einzelnen Wettbewerbsmethoden innewohnende Tendenz zur Unlauterkeit bekämpfen könne.[55]

Schließlich könne die WR nicht zugelassen werden, weil bei oligopolistischen Märkten der Preiswettbewerb fehle und die Regel dazu führe, daß dieser Zustand "konserviert" werde,[56] sie sich somit als Verhinderung mindestens möglichen Wettbewerbs darstelle.[57] In Märkten, in denen einerseits zwischen den Anbietern und andererseits zwischen den Nachfragern Größenunterschiede bestünden und sowohl Anbieter als auch Nachfrager den Preis beeinflussen könnten und beide sich dessen bewußt seien, komme es zu Preisdiskriminierungen. Durch die WR müßten diese Diskriminierungen offengelegt werden, mit der Folge, daß die Möglichkeit, einen Preiswettbewerb in Gang zu bringen, zurückgedrängt werden würde. Auch aus diesem Grunde dürfe die WR nicht eingetragen werden.[58]

f) Kritik in Bezug auf die Eintragung von WRn, die ein Gebot der Preislistenvollständigkeit enthalten

Das BKartA hatte in einem Eintragungsbeschluß, in dem es eine WR mit der Verpflichtung, Preislisten zu führen, eintrug, auch keine Bedenken gegen die in dieser Regel enthaltenen Empfehlung, Preislisten in Verbindung mit allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verwenden, aus denen sämtliche Preise und allgemein gewährte Rabatte ersichtlich sein sollen.[59] OEHLER kritisiert zunächst, daß das BKartA im "Brief an die Zeitungsverlage"[60] eine Vereinbarung wie in der WR als wettbewerbsbeschränkend ansah,[61] nun aber diese Regel zuließ. Der bei der Eintragungsbegründung vom Amt gemachte Vorbehalt, der Grundsatz der freien und selbstverantwortlichen Preisbildung werde in vollem Umfange gewahrt und von den Beteiligten auch so praktiziert,[62] hält er für eine "Farce", weil in der konkreten Branche die Freiheit der Preisbildung tatsächlich beeinträchtigt werde.[63] Notwendig für weitere Regeln zur Ausschaltung der unzulässigen Preisdifferenzierungen nach dem UWG sei die WR aufgrund der Tatsache, daß die meisten Anbieter nicht an ihre Preislisten gebunden seien, nur insoweit, als Möglichkeiten zur Vornahme gewisser Täuschungsversuche eingeschränkt werden würden.[64]

Soweit in einer WR sämtliche gewährten Preisnachlässe in der Preisliste zu verzeichnen sind, werde die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nur bei polypolistischen Märkten erhöht, während bei Branchen mit oligopolistischem Verhalten letzte Wettbewerbsmöglichkeiten ausgeschlossen werden würden. Auch wenn polypolistisches in oligopolistisches Verhalten umschlagen könne, würde die WR eine

nicht mit § 28 Abs. II GWB zu vereinbarende Beschränkung des Preis-, Rabatt- und Konditionenwettbewerbs darstellen.[65] Selbst wenn in der WR nur von der Aufnahme der "allgemein gewährten" Rabatte in die Preisliste die Rede sein würde, würde die Vereinbarung zukünftige Veränderungen der im Zeitpunkt der Vereinbarung gegebenen Wettbewerbsformen zu stärker wettbewerblich orientierten Formen hemmen und somit der Zielsetzung des GWB widersprechen.[66]

Außerdem führe die Preislistenführungspflicht in Verbindung mit der Vorschrift, auch die Funktionsrabatte in der Preisliste zu verzeichnen, in Fällen, in denen die Endverkaufspreise mit Hilfe der vertikalen Preisbindung oder der Preisempfehlung bei Markenartikeln auf der Einzelhandelsstufe wirksam durchgesetzt werden würden, zu mehr oder minder dem Funktionsrabattkartell ähnlichen Situationen. Auch aus diesem Grunde und wegen der sich daraus ergebenden Konsequenzen für den Wettbewerb unter den Herstellern und auf den Handelsstufen könne die WR bei Vorliegen dieser Marktverhältnisse nicht zugelassen werden. Hier würde über die Kombination von WRn und vertikaler Preisbindung ein Erfolg erzielt werden, den der Gesetzgeber ausdrücklich als Ausnahme von § 1 GWB abgelehnt habe.[67]

Schließlich, so meint OEHLER, sei zu berücksichtigen, daß die Vorschrift der Sortimentsvollständigkeit im "reifen" Oligopol dazu dienen könne, den Aktionsparameter "Produktdifferenzierung" unter Kontrolle zu bringen, indem auch auf diesem Gebiet eine volle Reaktionsinterdependenz gewährleistet werde. Dies führte, verbunden mit der Pflicht zur Verzeichnung von Rabatten und Konditionen, zu einem völligen Erlahmen des Wettbewerbs, so daß diese WR wegen des Kartellcharakters abzulehnen sei.[68]

c) Kritik in Bezug auf die Eintragung von WRn, die ein Abweichen von der Preisliste im Einzelfall verbieten

Das BKartA genehmigte alle WRn, die bei Vorliegen gewisser Umstände des Einzelfalles ein derartiges Abweichen verbieten.[69] OEHLER geht in seiner Kritik auf drei Varianten ein, in denen die WRn zur Eintragung beantragt wurden.[70] Hinsichtlich des Verbots des Abweichers von Listenpreisen bei sittenwidriger Täuschung der Abnehmer hält er in Fällen, in denen in einer Branche die Voraussetzungen dafür vorliegen, bzw. geschaffen werden können, daß ein Wettbewerber bereits dann seine Abnehmer täusche, wenn er sie über eine Listenabweichung nicht aufkläre, oder die Täuschung auf angeblich schlüssiges Handeln zurückgeführt werden könne, eine WR dieses Inhalts als gegen § 1 GWB bzw. gegen die Zielrichtung des § 28 GWB (a. F.) verstoßend für nicht eintragungsfähig. Sie würde zur Preislistentreue zwingen, weil der Anbieter, der einen Abnehmer be-

günstige, wegen des Verbots des Vorspiegelns durch Unterlassen der Aufklärung auch die anderen Abnehmer informieren und schließlich auch diesen die Begünstigung einräumen müsse. Den dadurch entstehenden Preiswettbewerb, der seine Erlöse verringere, möchte der Anbieter aber vermeiden, so daß er nur zu Listenpreisen verkaufe.[71] Ähnliches gelte für den Gesichtspunkt der Täuschung durch konkludentes Handeln.[72] Soweit die WR die Täuschung durch ausdrückliches Vorspiegeln erfasse, müsse ihre Eintragung abgelehnt werden, weil für eine solche Regel keine Notwendigkeit bestehe, wettbewerbsbeschränkende Inhalte jedoch möglich seien.[73]

Soweit in der WR eine Listenabweichung bei sittenwidriger Ausnutzung eigenen Rechtsbruchs verboten wird, hält sie OEHLER nur für zulässig, sofern dadurch die eigene Erlös- oder Kostenlage verbessert werden würde, denn es widerspreche den Zielsetzungen des GWB, daß Wettbewerber nur aufgrund von Rechtsbrüchen Preiswettbewerb treiben könnten. Die WR erfülle in diesem Falle das ihr nach § 28 Abs. II GWB (a. F.) gestellte Ziel.[74] Stelle hingegen der eigene Rechtsbruch eine Verletzung von gesetzlichen oder vertraglichen Preisbindungen dar, so handle es sich entweder um politische Ausnahmebereiche oder Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot wettbewerbsbeschränkender Verträge nach §§ 1 und 15 GWB. Da WRn weder der Durchsetzung wirtschaftspolitischer Ziele dienten, noch den Wettbewerb beschränken dürften, könnten diese Rechtsbrüche, bzw. die damit verbundenen Wettbewerbshandlungen nicht zum Inhalt von entsprechenden Verboten in WRn gemacht werden.[75] WRn seien nach ihrer Zielsetzung nicht dafür vorgesehen, Ausnahmebereichsregelungen in der Form staatlicher Maßnahmen oder erlaubter Kartelle zu stützen. Hier zeige sich deutlich, daß die These, alles, was nach dem UWG und seinen Nebengesetzen verboten sei, könne automatisch zum Inhalt von WRn gemacht werden, in Widerspruch zur Zielsetzung der WRn selbst und des GWB gerate und verfehlt sei. Der Staat würde diese Wettbewerbsbeschränkungen nicht nur erlauben, sondern durch eine solche Verwendung der WRn ihnen darüber hinaus auch noch einen gewissen staatlichen Schutz verleihen,[76] was im Hinblick auf die vom Staat gewählte Wettbewerbswirtschaft widersinnig sei.[77]

Beziehe sich die Regel auf den Bruch sonstiger, zwischen den Wettbewerbern geschlossener vertraglicher Vereinbarungen,[78] so seien nach OEHLER nur WRn zulässig, soweit in einer Branche die Bedingungen für polypolistischen Wettbewerb vorlägen und die verbesserte Markttransparenz durch die Meldung der laufenden und/oder erzielten Preise zu einer Verstärkung des Wettbewerbs führe.[79] Im übrigen seien WRn, die Vereinbarungen über Preismeldestellen enthielten, die eine Wartefrist vorsähen, die über Angebote und zukünftige Preise informierten, Verkäufer und/oder Käufer gegenüber Mitbewerbern des Verkäufers identifizierten, nicht eintragungsfähig, weil diese in jedem Markt wettbewerbsbeschränkend wirkten. Die WR enthielte dann ihrerseits eine Wettbewerbsbeschränkung und sicherte

den wettbewerbsbeschränkenden Vertrag über die Preismeldestelle.[80] Aber auch die Pflicht zur Meldung laufender Preisangebote beseitige den Anreiz zu Preisunterbietungen bei oligopolistischem Verhalten der Mitbewerber und weitgehend homogenen Gütern völlig, so daß auch hier die WR die Wettbewerbsbeschränkung durch das Preismeldesystem verstärke.[81] Dasselbe gelte für die Meldung über abgeschlossene Transaktionen, wenn diese wegen der Entwicklung der Nachrichtentechnik faktisch einer Meldung laufender Preise gleichkäme.[82]

WRn, die eine Listenabweichung bei sittenwidriger Ausnutzung fremden Rechtsbruchs untersagen, hält OEHLER für nicht eintragungsfähig. Durch das Verbot des "Ausspannens von Kunden" (dies bedeutet: Begehung des Rechtsbruchs durch Kunden) unter dem dubiosen Vorwurf des Verleitens zum Vertragsbruch werde der Wettbewerb der Lieferanten um die Abnehmer, die in Geschäftsbeziehungen mit Konkurrenten stünden, beschränkt.[83] Betreffe die Regel eine Listenabweichung unter dem Gesichtspunkt der sittenwidrigen Ausnutzung fremden Bruchs von Preisbindungsverträgen und kartellvertraglicher Preisvereinbarungen, so würden durch die WR wettbewerbsbeschränkende Verträge gesichert werden.[84] WRn, die sich gegen nichtgebundene Abnehmer ("Außenseiter") richteten, seien als einem wettbewerbsbeschränkendem Zweck dienend, nicht zulässig.[85]

Soweit sich der fremde Rechtsbruch als Bruch staatlicher oder ähnlicher Preisvorschriften darstelle, könnten entsprechende WRn nicht eingetragen werden, da mit ihnen keine wirtschaftspolitischen Ziele verfolgt werden dürften.[86]

h) Kritik in Bezug auf die Eintragung von WRn, die eine Preislistenänderung bei allgemeinem Abweichen von der Preisliste verlangen

Das BKartA hatte gegen die Zulässigkeit derartiger WRn nichts einzuwenden.[87] Im Gegensatz zum BKartA bejaht OEHLER eine beschränkende Wirkung dieser Regeln auf den Preiswettbewerb. Die Änderungspflicht verstärke oder schaffe sowohl über die erzwungene Markttransparenz, als auch in Zusammenhang mit den Kostenüberlegungen bei Preislistenänderungen, je nachdem zu welchem Zeitpunkt im Prozeß der Abweichung von der Preisliste die Änderungspflicht auflebe, die Reaktionsinterdependenz im preispolitischen Verhalten der Anbieter und beschränke somit die Freiheit der Preissetzung.[88] Der Wortlaut der WR gestatte es auch den Verbänden, Zeitpunkt und Ausmaß der Änderung zu beeinflussen und somit auf das preispolitische Verhalten ihrer Mitglieder einzuwirken. Durch den verhaltensnormierten Einfluß der WR würden Anbieter Abweichungen von der Preisliste vermeiden und vielmehr die Listenpreise einhalten.[89] Nachdem die WR in Widerspruch zu dem Ziel der Wettbewerbspolitik stehe, die Wettbewerbsfreiheit zu

schützen, durch die Verhinderung notwendiger Anpassungsprozesse an veränderte Nachfrageverhältnisse auch das wettbewerbspolitische Ziel der Besserversorgung der Verbraucher verletzt werde, dürfe die WR nicht eingetragen werden.[90)]

4. KAPITEL
Die Bedeutung der Kritik OEHLERS für die Praxis der Kartellbehörden

OEHLERS Kritik in Bezug auf die von den Kartellbehörden eingetragenen WRn fußt auf folgenden Prämissen:

1. § 28 GWB ist kein Ausnahmetatbestand zu § 1 GWB. - WRn dürfen auf keinen Fall einen wettbewerbsbeschränkenden Inhalt haben.
2. Zwischen dem UWG und dem GWB bestehen unterschiedliche Zielsetzungen. - Auch Verbotstatbestände des UWG können wettbewerbsbeschränkend sein.[91)]

Was Punkt 1 betrifft, so kann trotz uneinheitlicher Praxis der Kartellbehörden jedenfalls gesagt werden, daß die Meinung OEHLERS in keinem der Eintragungsbeschlüsse vertreten wurde. Die Kartellbehörden stellten für die Frage der Eintragungsfähigkeit von WRn in erster Linie auf den Zweck der Regeln gem. § 28 Abs. II GWB (a. F.) ab.[92)] Diese Bestimmung spielte für OEHLER für die Zulässigkeit einer Regel keine Rolle, stand seine diesbezügliche Untersuchung doch ausschließlich unter dem Gesichtspunkt, ob die Wettbewerbsfreiheit durch die WR aus ökonomischer Sicht verletzt werde. Die Frage der Eintragungsfähigkeit von WRn beantwortete OEHLER von der wettbewerbspolitischen Zielsetzung des GWB her.[93)] Auf den Zweck des § 28 Abs. II GWB (a. F.) geht er hierbei nur insoweit ein, als er die Erreichung wirtschaftspolitischer Ziele in einer Regel als mit dieser Vorschrift nicht vereinbar ansieht.[94)]

Auch hinsichtlich des Punktes 2 waren die Kartellbehörden anderer Auffassung als OEHLER. Nach deren Meinung gehörten die Vorschriften des UWG zu den "Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs".[95)] Soweit eine WR den Inhalt einer derartigen Vorschrift wiedergibt, hatten die Behörden in keinem Falle Bedenken gegen die Eintragung, weil nach ihrer Auffassung ein Verhalten geregelt werde, das den Schutz des GWB nicht beanspruchen könne.[96)] Die Kritik OEHLERS hat für die Praxis der Kartellbehörden somit nur insoweit Bedeutung, als diese § 28 Abs. II GWB (a. F.) dem § 1 GWB gegenüberstellten.[97)] Aber auch hier ist zu berücksichtigen, daß die Behörden, wiederum unter Zugrundelegung des Zwecks, den WRn erfüllen sollen, es als unerheblich ansahen, daß die Regel ein Verhalten erfasse, das im

konkreten Einzelfall nicht wettbewerbswidrig sei und den Inhalt einer WR als allgemeine Bestimmung ausdrücklich betonten.[98] Im Hinblick darauf ist die Kritik OEHLERS für die Kartellbehörden insofern nicht relevant, als dieser die wettbewerbsbeschränkende Wirkung einer Regel gerade aus einem bestimmten ökonomischen Verhalten im Einzelfall herleitet.

Im übrigen beruht die Kritik OEHLERS, soweit sie dem BKartA widersprüchliche Aussagen vorwirft, auf einer unrichtigen Interpretation der Eintragungsbegründungen des Amtes. So meint OEHLER, die Aussage der Kartellbehörde in "ZuK", das Gebot einer ordnungsgemäßen Kalkulation ziele zwar auf eine "kostengerechte Preisstellung", die WR verpflichte aber weder zu einer bestimmten Preisstellung, noch stelle sie einen im Einzelfall verbindlichen Maßstab für die Bemessung der Preise auf, sei widersprüchlich, denn wenn die Preisbildung "kostengerecht" sein solle, so sei dadurch ein Maßstab für die Preisbemessung aufgestellt.[99] OEHLER übersieht, daß das BKartA keineswegs sagte, die Preisbildung solle "kostengerecht" sein, es sah hierin vielmehr lediglich das Ziel der WR, ohne daß durch Befolgung dieser Regel unmittelbar dieses Ziel herbeigeführt werde. Diese läßt vielmehr den Wettbewerber in seiner Preisbemessung frei, so daß die WR ein Verhalten empfiehlt, das zwar zu diesem Ziele führen kann, jedoch keineswegs führen muß.[100] Ebensowenig liegt ein Widerspruch in den Aussagen des BKartA vor, wie OEHLER annimmt, wenn es bezüglich der Preislistenführungspflicht einen Verstoß gegen § 1 GWB verneinte, wenn die Führung derartiger Listen in einer Branche notwendig und zugleich nachweislich üblich sei, andererseits aber ausführte, allein aus der Branchenüblichkeit von Preislisten oder aus einer möglicherweise erzielten Verbesserung der Markttransparenz könne die Eintragungsfähigkeit der WR nicht geschlossen werden.[101] Letztere Aussage der Kartellbehörde bezog sich aber nicht, wie OEHLER annimmt, auf § 1 GWB, sondern auf den Zweck von WRn gem. § 28 Abs. II GWB (a. F.),[102] so daß die verschiedenen Blickrichtungen der Argumentation eine Widersprüchlichkeit ausschließen.

Anhang: Fußnoten zu Teil VI

1) Wettbewerbsregeln als Instrument der Wettbewerbspolitik - Marburg 1968
2) OEHLER S. 52 f.; vgl. auch die Darstellung bei REIMERS S. 172 ff.
3) OEHLER S. 53 f.
4) OEHLER S. 54, 304
5) dem UWG gehe es in erster Linie um den Schutz der Konkurrenten untereinander (OEHLER S. 57), der Schutz des GWB beziehe sich dagegen auf den Schutz des Wettbewerbs als Institution (OEHLER S. 58).
6) OEHLER S. 58 f., 304 f.
7) OEHLER S. 59
8) OEHLER S. 60
9) OEHLER S. 62 f.
10) s. o. Teil II, 3. Kapitel, S. 60 ff.
11) OEHLER S. 73 f.
12) s. o. Teil II, 3. Kapitel, a) S. 61
13) OEHLER S. 76
14) s. o. Teil VI, 1. Kapitel, S. 200 f.
15) OEHLER S. 76
16) s. o. Teil VI, 1. Kapitel, S. 200
17) OEHLER S. 77
18) s. o. Teil III, 1. Kapitel, b) S. 72 ff.
19) s. o. Teil III, 1. Kapitel, b), aa) S. 72 f.
20) OEHLER S. 121
21) OEHLER spricht von einer "reinen" WR (a. a. O.)
22) OEHLER S. 121 f.
23) OEHLER S. 122 f.
24) s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 77 ff.
Zur Entscheidung des KG und des BGH über die Regel 3 Nr. 1 der "Bauindustrie", der einzigen WR, die eine Verpflichtung zur Kalkulation zum Gegenstand hatte, s. o. Teil IV, 1. Kapitel, b) S. 179 ff. und 2. Kapitel S. 186 ff.; die LKartBn hatten über WRn dieses Inhalts nicht zu entscheiden.
25) s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 77
26) OEHLER S. 127 f.
27) OEHLER S. 129
28) s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 77 f.
29) a. a. O.
30) OEHLER S. 129
31) s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 78 f.; so auch in "ZuK", s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 77; "Schälmühlen", s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 80 f.; differenzierend "Bauindustrie II", s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 79 f.

32) OEHLER S. 131; so auch KG, s. o. Teil IV, 1. Kapitel, b) S. 179 f., sowie der BGH, s. o. Teil IV, 2. Kapitel, S. 186 f.
33) OEHLER S. 133 ff.
34) s. o. Teil III, 1. Kapitel, d) S. 91 ff.
35) OEHLER S. 154 f.
36) OEHLER S. 139, 150
37) OEHLER S. 150
38) OEHLER S. 153
39) OEHLER S. 153 f., 155
40) s. o. Teil III, 1. Kapitel, e) S. 97 ff.
41) s. o. Teil VI, 1. Kapitel, S. 200
42) OEHLER S. 181
43) so nur die Regel 4 der "Bauindustrie", s. o. Teil III, 1. Kapitel, e), Anhang, FN 15, S. 103
44) OEHLER S. 169
45) OEHLER S. 182, 191
46) OEHLER S. 182 f., S. 191 f.
47) OEHLER S. 183
48) vgl. FN 43
49) OEHLER S. 191
50) OEHLER S. 192
51) s. o. Teil III, 1. Kapitel, f) S. 105 ff.; die LKartBn hatten über WRn dieses Typs nicht zu entscheiden.
52) s. o. Teil III, 1. Kapitel, f) S. 105
53) OEHLER S. 229
54) s. o. Teil III, 1. Kapitel, f) S. 105 f.; OEHLER a. a. O.
55) OEHLER S. 230
56) OEHLER S. 232
57) OEHLER S. 233
58) OEHLER S. 233 f.
59) Regel 3 Nr. 2 der "ZuK", s. o. Teil III, 1. Kapitel, f), Anhang, FN 11, S. 108
60) WuW/E BKartA 482 ff - es handelte sich hier aber nicht um die Eintragung von WRn.
61) WuW/E BKartA 486 - die Begründung nahm Bezug auf die Begründung zu der Vereinbarung, Preislisten zu führen, bei der das Amt ebenfalls eine Verletzung des § 1 GWB annahm, aber ausdrücklich darauf hinwies, daß es bei der Eintragung von WRn nämlichen Inhalts eine gegenteilige Auffassung an den Tag lege (a. a. O.).
62) s. o. Teil III, 1. Kapitel, f) 105 f.
63) OEHLER S. 249

64) OEHLER S. 249 f.
65) OEHLER S. 250 f.
66) OEHLER S. 252
67) OEHLER S. 253
68) OEHLER S. 254
69) s. o. Teil III, 2. Kapitel, a) S. 114 ff.; die LKartBn hatten über WRn dieses Inhalts nicht zu entscheiden.
70) a. a. O.; außer Betracht ließ OEHLER die Variante, nach der eine Abweichung von der Preisliste zum Zwecke der Gewährung von Preisnachlässen verboten ist, soweit dies nach dem RabattG nicht erlaubt ist.
71) OEHLER S. 265, 269, 270
72) OEHLER S. 267, 270 f.
73) OEHLER S. 271 f.
74) OEHLER S. 272 f., 280 f.
75) OEHLER S. 281
76) a. a. O.
77) OEHLER S. 282
78) wobei OEHLER besonders vereinbarte Meldepflichten im Rahmen einer Preismeldestelle untersucht, vgl. OEHLER S. 275 ff., 282 ff.
79) OEHLER S. 283 f.
80) OEHLER S. 282 f.
81) OEHLER S. 283
82) a. a. O.
83) OEHLER S. 291, 284
84) OEHLER S. 291, 287
85) OEHLER S. 292
86) a. a. O.
87) s. o. Teil III, 3. Kapitel, S. 122 ff.; die LKartBn hatten über WRn dieses Typs nicht zu entscheiden.
88) OEHLER S. 299 f.
89) OEHLER S. 300
90) OEHLER S. 301
91) s. o. Teil VI, 1. Kapitel, S. 100 f.
92) s. o. Zusammenfassung zu Teil II, 2. Kapitel, S. 53 ff.
93) so unmißverständlich bereits im Vorwort zum Zweiten Teil (OEHLER S. 101) unter dem ausdrücklichen Hinweis, daß er nicht prüft, unter welchen Voraussetzungen eine Preisstellung als unlauter zu gelten hat (a. a. O.)
94) s. o. Teil VI, 3. Kapitel, d) S. 204 f., g) S. 209, insoweit in Übereinstimmung mit dem BKartA, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 18 f.; dabei kann es unberücksichtigt bleiben, daß OEHLER in zwei Fällen nebenbei bemerkte, die Regel sei (auch) nicht lauterkeitsbezogen, bzw. regle (auch) keinen Unlau-

terkeitstatbestand (OEHLER S. 230, s. o. Teil VI, 3. Kapitel, e) S. 205 f.; OEHLER S. 300).

95) s. o. Zusammenfassung zu Teil II, 1. Kapitel, S. 32 ff.

96) s. z. B. o. Teil II, 2. Kapitel, a) S. 46 f., sowie die Eintragungsbegründungen zu den verschiedenen WRn.

97) s. o. Zusammenfassung zu Teil II, 2. Kapitel, S. 53 ff. hinsichtlich der "grauen Zone", sowie die Begründungen zu den einzelnen Eintragungen.

98) besonders deutlich in "Markenspirituosen", WuW/E BKartA 1239, s. o. Teil III, Anhang, FN 38 zu 4. Kapitel, 2. und 3. S. 150 "Kohleneinzelhandel", TB 1959, S. 52, WuW/E BKartA 102, wo darauf abgestellt wurde, daß WRn auf typische Wettbewerbsverstöße in der Praxis hinweisen sollen; s. auch "Tapetenhandel", WuW/E BKartA 1344, s. o. Teil III, 1. Kapitel, e), Anhang FN 21, S. 103, wo das Amt die WR § 3 Abs. I eintrug mit dem Hinweis, daß das in ihr geregelte Verhalten regelmäßig sittenwidrig sei und es sich kaum ein Fall denken lasse, in dem ein derartiges Verhalten noch als lauter angesehen werden könne (Hervorhebung vom Verf.).

99) s. o. Teil VI, 3. Kapitel, b) S. 203

100) im Ergebnis ebenso: STEFFANI in: 10 Jahre Kartellgesetz, S. 356

101) s. o. Teil VI, 3. Kapitel, e) S. 205

102) s. o. Teil III, 1. Kapitel, f) S. 105 f., 107

TEIL VII

Fördert die Praxis des Bundeskartellamtes den Leistungswettbewerb, oder behindert sie ihn eher?

Wie die Darstellung der Praxis des BKartA gezeigt hat, müssen WRn einen Lauterkeitsbezug aufweisen, um eingetragen werden zu können. Durch die Neufassung des § 28 Abs. II GWB [1] braucht das Amt in Zukunft nicht mehr auf diesen Gesichtspunkt alleine abstellen, weil nunmehr WRn auch ein Verhalten regeln können zu dem Zweck, einem der Wirksamkeit eines leistungsgerechten Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken, bzw. ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten anzuregen. Dieser, durch den Gesetzgeber erweiterte mögliche Inhalt von WRn setzt die eben genannten Zulässigkeitsmerkmale also alternativ zu den bereits vor der Gesetzesnovelle vom 3. 8. 1973 gegebenen.

Im folgenden soll anhand von Beispielen gezeigt werden, inwiefern sich die bisherige Praxis des BKartA auf den leistungsgerechten Wettbewerb auswirkte.

Dies erfordert zunächst eine Definition des Begriffs "Leistungswettbewerb". Das Reichsgericht hatte sich in seinem bekannten "Benzinkampfurteil" [2] eine Einteilung der Wettbewerbstatbestände zu eigen gemacht, die von NIPPERDEY befürwortet wurde. [3] Danach bedeute Leistungswettbewerb einen Wettbewerbstatbestand, der im Gegensatz zum sog. "Behinderungswettbewerb" in der "Förderung der Absatztätigkeit des eigenen Geschäftsbetriebes mit den Mitteln der eigenen Leistung" bestehe. [4]

Wie BENISCH aufzeigt, haben der BGH und die Oberlandesgerichte grundsätzlich daran festgehalten, den Leistungswettbewerb als einen Wettbewerb zu verstehen, der vorwiegend mit der Güte und Preiswürdigkeit der eigenen Leistung geführt wird, wobei aber nicht deutlich zum Ausdruck kommt, ob andere Aspekte, wie die Lauterkeit und die Freiheit des Wettbewerbs in diesen Begriff eingeschlossen sind, oder selbständig daneben stehen. [5]

Auch die Literatur interpretiert den "Leistungswettbewerb" so vielfältig, daß sich weder aus ökonomischer, noch aus juristischer Warte eine einheitliche Auffassung herausschälte. [6] Dies führte dazu, daß diesem Begriff vereinzelt die Justiziabilität abgesprochen wurde. [7] Die Rechtsprechung, sowie die juristische Literatur, die Leistungswettbewerb als Antipode zum "Behinderungswettbewerb" bzw. zum "Nichtleistungswettbewerb" sieht, [6] orientiert ihre Meinung an der Auffassung NIPPERDEYS. Nach NIPPERDEY umfaßt der Leistungswettbewerb solche Wettbewerbstatbestände, die in der Förderung der Absatztätigkeit des eigenen Geschäftsbetriebes mit den Mitteln der eigenen Leistung bestehen. [8] Als Gegenteil hiervon wird der Behinderungswettbewerb bezeichnet, der durch Behinderung des Mitbe-

werbers erfolgt, um dadurch erst Bahn für den eigenen Absatz zu schaffen.[9] Als Hauptanwendungsfälle des Leistungswettbewerbs bezeichnet NIPPERDEY die Qualitätssteigerung und die Preisunterbietung,[10] für den Behinderungswettbewerb führt er namentlich die "Sperre" auf.[11]

HEFERMEHL stellt dem Begriff "Leistungswettbewerb" den des "Nichtleistungswettbewerbs" gegenüber, weil er nur so eine Abgrenzung des zulässigen vom unzulässigen Wettbewerb vorzunehmen zu können glaubt.[12] Behinderungswettbewerb sei lediglich eine Art des Nichtleistungswettbewerbs.[13] Leistungswettbewerb sei seiner Ansicht nach ein Wettbewerb, bei dem die zur Vergleichung stehenden Leistungen der rivalisierenden Gewerbetreibenden frei zur Entfaltung kämen. Unter Nichtleistungswettbewerb hingegen versteht er einen Wettbewerb, bei dem das Ergebnis des Leistungsvergleichs durch wettbewerbswidrige Praktiken verfälscht werde.[14] Aus seinem Leitbild des Leistungswettbewerbs folgert er:[15]

a) Der einzelne Wettbewerber dürfe nicht die freie Entschließung des Kunden in einer Weise beeinträchtigen, die einen Vergleich der angebotenen Leistungen ausschließe. Da die wirkliche Leistung maßgebend sein solle, so widerspreche jede unwahre Anpreisung dem Leistungswettbewerb.

b) Der einzelne Wettbewerber dürfe nicht die freie wettbewerbliche Betätigung seiner Mitbewerber in einer Weise beeinträchtigen, die sie in der Entfaltung ihrer Leistungskraft und in dem Angebot ihrer Leistungen hindere.

c) Der einzelne Wettbewerber dürfe die Leistung des Mitbewerbers durch eigene Leistung schaffend nachahmen, sie jedoch nicht einfach usurpieren. Dies widerspreche dem Leistungswettbewerb, weil eine eigene Leistung überhaupt nicht angeboten werde.

d) Der einzelne Wettbewerber dürfe sich nicht durch Mißachtung von Schranken, die für alle Mitbewerber gelten und von ihnen beachtet werden würden, einen ungehörigen Vorsprung im Wettbewerb verschaffen. Sein Vorsprung sei in diesem Falle nicht mehr leistungsgedingt.

Diese Definition HEFERMEHLS wurde von BENISCH übernommen.[16] Allerdings sieht er hierin nur den einen Aspekt, von dem für die Verwendung des Begriffs "leistungsgerechter Wettbewerb" nach seiner Auffassung auszugehen sei, nämlich den des leistungsgerechten Verhaltens der Wettbewerber. Daneben sei auch noch von der Wettbewerbsstruktur auszugehen, in der sich ein leistungsgerechter Wettbewerb entfalten könne.[17]

Die Ansicht von BENISCH berücksichtigt die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs von 1971 zum neuen § 28 Abs. II GWB. Danach solle die Neufassung insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen dabei helfen, Wettbewerbspraktiken entgegenzutreten, die dem Gedanken des Leistungswettbewerbs zuwiderliefen. Der Begriff "leistungsgerechter Wettbewerb" ziele auf den Schutz des Wettbewerbs ab, der im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen als wirtschaftspolitisches Ordnungsprinzip verankert sei. Der Ausdruck "leistungsgerechter Wettbewerb" sei ein wirtschaftspolitischer, auf Institutionsschutz gerichteter Begriff.[18] Als Wettbewerbspraktiken, die den Vorstellungen vom Leistungswettbewerb zuwiderlaufen, erwähnt die Bundesregierung:

a) Gefährdung der Auslesefunktion des Wettbewerbs durch Marktmacht, die nicht im Sinne einer Intensivierung des Wettbewerbs durch das Hervorbringen immer besserer Leistungen, sondern die zu dem Zweck eingesetzt werde, den Markt zu monopolisieren.

b) Verdrängungswettbewerb, den ein Unternehmen auf einem Markt unter Einsatz seiner Gewinne aus anderweitiger Tätigkeit praktiziere.

c) Treuerabatte durch marktstarke Unternehmen, sofern sie einer Monopolisierung des Marktes Vorschub leisteten.

d) Verlangsamung von Strukturwandlungen, die sich zu rasch vollzögen und die dadurch einen überstürzten, übermäßigen Konzentrationsprozeß begünstigten.[19]

Für die eingangs gestellte Frage soll nun interessieren, was das BKartA selbst unter "Leistungswettbewerb" versteht. Auf diesen Begriff ging es in den Eintragungsbegründungen vor allem dann ein, wenn er in der Präambel des jeweiligen antragstellenden Verbandes auftauchte.[20] Die zu Beginn der Eintragungspraxis vertretene Auffassung, "Leistungswettbewerb" sei mit dem Begriff des "lauteren Wettbewerbs" gleichzusetzen,[21] hat das Amt später wieder aufgegeben.[22] Nach dieser Meinung hätte es keiner Gesetzesänderung bedurft, um den Schutz des Leistungswettbewerbs zum selbständigen Gegenstand von WRn zu machen. Ein Verhalten, das dem Leistungswettbewerb zuwiderläuft, würde gleichzeitig den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufen, so wie ein Verhalten, das dem Leistungswettbewerb entspricht, zugleich mit den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs konform ginge.

In der Folgezeit entwickelte das BKartA seine Praxis dahingehend, daß es erkannte, daß Regelungen, die einen leistungsgerechten Wettbewerb sicherstellen sollen, nicht unbedingt lauterkeitsbezogen sein müssen, als WRn jedoch im Hinblick auf § 28 Abs. II GWB (a. F.) nur eingetragen werden durften, soweit der Leistungswett-

bewerb vom Begriff des lauteren Wettbewerbs umfaßt wurde.[23] Somit hat es die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" als untauglich für seine Definition des "leistungsgerechten Wettbewerbs" ausgeschieden.

Obgleich das Amt im Eintragungsbeschluß "ZuK" von einer Gleichsetzung des lauteren Wettbewerbs mit dem Leistungswettbewerb ausging,[24] wurde dort eine Begriffsbestimmung vorgenommen, die sich nicht an die "Grundsätze des lauteren Wettbewerbs" anlehnt: Den vom antragstellenden Verband gebrauchten Ausdruck "gesunder Leistungswettbewerb" definierte die Behörde als einen "echten", "wahren" oder "unverfälschten" Leistungswettbewerb, "d. h. einen Wettbewerb, in dem die Wettbewerber ihre eigene sachliche Leistung anbieten und zum Vergleich stellen".[25]

Bezog sich diese Definition auch ausdrücklich auf den "gesunden" Leistungswettbewerb, so ist nicht ersichtlich, daß das Amt bei Fehlen dieses Attributs im Hinblick auf § 28 Abs. II GWB (n. F.) eine andere Begriffsbestimmung wählen würde.[26] Daß in einem der hierauf folgenden Eintragungsbeschlüssen mit "gesund" in Zusammenhang mit dem Leistungswettbewerb das Streben nach Lauterkeit verstanden wurde,[27] ist dabei ohne Bedeutung, stellt dies doch keinen Widerspruch zu der Auffassung in "ZuK" dar, sondern drückt lediglich eine andere, mögliche Interpretation des Wortes "gesund" aus, die neben der in "ZuK" vorgenommenen bestehen kann.[28]

Ein genaueres Eingehen auf den Begriff "Leistungswettbewerb" fehlt in den übrigen Eintragungsbeschlüssen. Soweit er in Zusammenhang mit den zur Eintragung beantragten Einzelregeln gebraucht wurde, kann lediglich festgestellt werden, daß das Amt auch dort, wo es nicht von einer Gleichsetzung des lauteren mit dem des Leistungswettbewerbs ausging, wettbewerbsrechtlich unzulässige Handlungen als mit einem leistungsgerechten Wettbewerb nicht vereinbar ansah.[29]

Nach Inkrafttreten der Neufassung des § 28 Abs. II GWB hielt es das BKartA bis jetzt nicht für erforderlich, den Begriff "Leistungswettbewerb" erneut zu definieren. Im Tätigkeitsbericht 1973 wurde jedoch als Ziel dieser Gesetzesnovelle die Erhaltung kompetitiver Marktstrukturen angegeben, wobei die Erweiterung in § 28 Abs. II GWB (n. F.) den Abbau der wettbewerbsstrategischen Überlegenheit von Großunternehmen diene.[30] Diese Aussage läßt erkennen, daß die Behörde die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs[31] bei der Auslegung dieser Bestimmung berücksichtigen wird. Verbunden mit der oben dargestellten Definition des "leistungsgerechten Wettbewerbs" durch das Amt wird eine Anlehnung an die Auffassung von BENISCH,[32] und, was das leistungsgerechte Verhalten der Wettbewerber betrifft, auch an die Meinung HEFERMEHLS[33] deutlich.

1. KAPITEL
Beispiele für die Förderung des Leistungswettbewerbs durch die bisherige Praxis des BKartA

a) Eintragung von WRn, die gesetzliche Vorschriften wiederholen

In den bis jetzt gestellten Eintragungsanträgen überwiegen WRn, die gesetzliche Vorschriften wiederholen, oft auch unter Berücksichtigung von Literatur und Rechtsprechung.[34] Bei Regeln dieser Art kann nicht bezweifelt werden, daß sie einen Leistungswettbewerb fördern, wie das BKartA ihn versteht.[35] Sie sollen den Wettbewerber veranlassen, sich rechtstreu zu verhalten. Ein Anbieter, der das Gesetz mißachtet und so einen Vorsprung im Wettbewerb vor seinen Mitbewerbern erlangt, beachtet die Schranken nicht, die für alle Wettbewerber gelten. Dieser Vorsprung wird also nicht aufgrund der eigenen (besseren) Leistung erreicht, sondern durch wettbewerbsverfälschende Praktiken, die das Ergebnis eines echten Leistungsvergleichs verfälschen.[36]

Es läßt sich zwar der Fall denken, daß sämtliche Wettbewerber gesetzliche Vorschriften in gleichemMaße verletzen, ein Vorsprung eines einzelnen Anbieters also auf seiner eigenen Leistung beruhen muß. Ein derartiges Verhalten ist aber rein theoretisch und auch eher dann vorstellbar, wenn eine derartige gesetzliche Regelung nicht in WRn aufgenommen worden ist, sind WRn doch ihrem Zweck gemäß dem einzelnen Wettbewerber im Gegensatz zu Gesetzen, von deren Existenz er oft gar keine oder eine nur vage Vorstellung hat, bekannt. Dies gilt in besonderem Maße, wenn in ihnen Rechtsprechung und Literatur berücksichtigt wird.

Die Eintragung von Regeln, die gesetzliche Tatbestände unter Beachtung der Auslegung durch die Lehre und Praxis wiedergeben, ist somit geeignet, einen echten Leistungsvergleich der rivalisierenden Gewerbetreibenden herbeizuführen.

b) Bejahung der Zulässigkeit von WRn, die den Grundsatz der Preisautonomie enthalten

Regeln, die den Grundsatz der freien, selbständigen und selbstverantwortlichen Preisbildung enthalten, wurden vom BKartA aus Auslegungsregeln verstanden, die vorangestellt wurden, um der Gefahr einer unrichtigen Auslegung und Anwendung der WRn vorzubeugen.[37] Dabei ging die Behörde davon aus, daß diesen Regeln der Lauterkeitsbezug immanent sei.[38] So wurde schon im Tätigkeitsbericht 1959

die Preisautonomie des Unternehmers als zu den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs und den Regeln der Marktwirtschaft gehörend betrachtet, ohne die Lauterkeitsbezogenheit einer WR derartigen Inhalts näher zu erläutern.[39] Diese Haltung des Amtes wurde von BENISCH angegriffen, der bemerkt, daß die freie Preisbildung ebensowenig ein sittliches Gebot sei, wie eine Verletzung des im Rahmen des § 1 GWB geschützten Marktmechanismus unlauteren Wettbewerb darstelle.[40]

So sehr die Kritik von BENISCH unter dem Gesichtspunkt gerechtfertigt ist, daß das BKartA vor der Neufassung des § 28 Abs. II GWB die Lauterkeitsbezogenheit einer WR für deren Eintragungsfähigkeit verlangte, so muß auch festgestellt werden, daß diese Praxis des Amtes den Leistungswettbewerb förderte. Ausgangspunkt dieser Überlegung muß auch hier sein, daß der Leistungswettbewerb das Anbieten einer "eigenen" Leistung verlangt.[41] Der Preis ist hierbei ein wichtiges Mittel des leistungsgerechten Wettbewerbs.[42] Das bedeutet, daß ein unzulässiger Eingriff in die Preisautonomie des Wettbewerbers, der diesen veranlaßt, sich z. B. auf eine bestimmte Kalkulationsmethode festzulegen, dazu führt, daß er nicht mehr seine eigene Leistung anbietet und zum Vergleich stellt. Seine eigene Leistung wird vielmehr unterdrückt und kann nicht zur Entfaltung kommen. Wird der Unternehmer also durch eine WR auf sein Recht hingewiesen, seine Preise frei, selbständig und selbstverantwortlich zu bilden, oder wird er hierzu sogar verpflichtet,[43] so wird er angehalten, ein dem Leistungswettbewerb konformes Verhalten zu praktizieren.

c) Bejahung der Eintragungsfähigkeit einer WR, die eine Verpflichtung zur Vorkalkulation beinhaltet

Sowohl die Beschlußabteilung, wie auch die Einspruchsabt. des BKartA hatten gegen die einzige WR, die bis zur Neufassung des § 28 Abs. II GWB mit diesem Inhalt zur Eintragung beantragt wurden, keine Einwendungen,[44] wurden allerdings in ihrer Auffassung vom KG und BGH nicht bestätigt, die den Lauterkeitsbezug der Regel verneinten.[45] Ihre vom BKartA befürwortete Eintragung hätte ebenfalls den Leistungswettbewerb gefördert. Dabei sind die besonderen Marktverhältnisse der Branche, die diese WR beantragt hat, nämlich der Bauindustrie, für die Frage der Förderung des leistungsgerechten Wettbewerbs ebenso maßgebend wie für die Frage der Lauterkeitsbezogenheit.[46]

Das Fehlen eines allgemeinen Marktes für Bauleistungen bringt es mit sich, daß Angebot und Nachfrage bei Bauleistungen immer erst dann zusammentreffen, wenn der Bauwillige seine Vorstellungen konkretisiert hat und dann an den Bauunternehmer herantritt, um einen Preis für deren Verwirklichung zu erfahren.[47]

Zu diesem Zeitpunkt ist, berücksichtigt man die fast regelmäßig erforderlichen Umplanungen, sei es aus rechtlichen oder aus tatsächlichen Gründen, die Preisbildung mit einem erheblichen Unsicherheitsfaktor belastet, was dazu führen muß, daß später, also nachdem der Wettbewerb stattgefunden hat, neue Preisverhandlungen geführt werden. Der ursprünglich vereinbarte Preis hat dann keine Bedeutung mehr, er war nicht eine echte Funktion von Angebot und Nachfrage.[48] Unter Zugrundelegung dieser tatsächlichen Situation auf dem Baumarkt kommt man zu dem Ergebnis, daß der Nachfrager denjenigen Wettbewerber bevorzugen wird, der die günstigsten Konditionen in dem Augenblick bieten kann, in dem der Bauwillige um einen Kostenvoranschlag bittet. Dies ist aber derjenige, der es am besten verstanden hat, sein Angebot überall dort minimal zu kalkulieren, wo voraussichtlich Nachforderungen wegen veränderter Umstände würden geltend gemacht werden können. Eine derartige Preisbildung ist jedoch nicht leistungsorientiert, sondern beruht auf Spekulationen.[49]

Wird nun der Wettbewerber verpflichtet, vor der Abgabe von Preisangeboten eine der Sachlage genügende Selbstkostenermittlung vor der Preisbildung durchzuführen, so wird er dazu angehalten, seine eigene Leistung im Wettbewerb zum Vergleich zu stellen. Er soll also nicht ein unkalkuliertes, möglichst niederes Angebot machen und sich darauf verlassen dürfen, daß er sich, sollte sich später herausstellen, daß die Selbstkosten nicht gedeckt sind, anderweitig am Abnehmer schadlos halten könne.[50] Dies bedeutet jedoch nicht, wie KG und BGH befürchten,[51] daß der Anbieter zur Abgabe kostendeckender Angebote, sei es auch nur faktisch, gezwungen werde. Tatsächlich wäre eine Förderung des Leistungswettbewerbs begrifflich nicht möglich durch Beschränkung seines wichtigsten Mittels, des Preiswettbewerbs. Daß die Freiheit der Preisbildung von der WR aber nicht berührt wird, ist in ihr ausdrücklich betont.[52] Dem Wettbewerber bleibt es unbenommen, den Preis dann tatsächlich unter seinen Kosten anzubieten. Im Unterschied zu unkalkulierten Angeboten ist ihm aber dies bei der Abgabe seiner Offerte bekannt, er weiß um seine wahre, eigene Leistungsfähigkeit im Wettbewerb. Die WR verlangt also nur, daß sich der Anbieter über die zu erbringende, eigene Leistung Rechenschaft ablegt. Unter Voraussetzung einer freien Preisbildung bezeichnet BENISCH diese Pflicht mit Recht als "geradezu eine Grundregel des Leistungswettbewerbs".[53]

Neben den Bedenken, die sich aus der Art und Weise, wie KG und BGH entgegen dem Wortlaut der WR zu dem Ergebnis kommen, ihr Zweck sei es, kostendeckende Angebote zu erstreben, weist BENISCH auch darauf hin, daß selbst dann, wenn eine Neigung in der Bauindustrie eintreten sollte, kostendeckende Preise zu bilden, der Preiswettbewerb hierdurch nicht beschränkt werde, weil die Unterschiedlichkeit der Kosten von Firma zu Firma dazu führen müßten, daß ein mit hohen Kosten arbeitendes Unternehmen in einem mit Selbstkostenpreisen geführten Wettbewerb unterliegen müßte.[54]

2. KAPITEL
Beispiele für die Behinderung des Leistungswettbewerbs durch die bisherige Praxis des BKartA

a) Die Praxis bezüglich WRn, die eine Empfehlung bzw. Verpflichtung zur Preislistenführung beinhalten

Das BKartA genehmigte WRn dieses Inhalts, die keine Gesetzesbestimmungen wiederholen, nur ausnahmsweise und unter folgenden, einschränkenden Voraussetzungen:

1. Die freie und selbstverantwortliche Preisbildung müsse gewahrt bleiben.
2. Die Führung der Preisliste müsse in einer Branche aus kaufmännisch-technischen oder betriebsorganisatorischen Gründen notwendig und nachweislich üblich sein.
3. Die besonderen Marktverhältnisse, Zweck, Handhabung und Auswirkung der Regel müsse zu der Beurteilung führen, daß eine Tendenz zur Unlauterkeit bekämpft werde.[55]

Verlangte das Amt Punkt 1 und 2, so wollte es Bedenken aus § 1 GWB ausräumen, während Punkt 3 den Zweck der WRn gem. § 28 Abs. II GWB (a. F.) kennzeichnen sollte. In Bezug auf diesen letzten Punkt wies es ausdrücklich darauf hin, daß die möglicherweise zu erzielende Markttransparenz alleine keinesfalls zur Zulässigkeit einer derartigen Regel genüge.[56]
Nachdem das BKartA derartige "besondere Verhältnisse" in der Schälmühlenindustrie nicht zu ersehen vermochte, bewog es den antragstellenden Verband, auf diese WR zu verzichten, indem es sie für nicht eintragungsfähig hielt.[57]

Durch die Eintragungspraxis des BKartA, die nur unter diesen besonderen Gegebenheiten WRn dieser Art für zulässig hielt, wird der Leistungswettbewerb, jedenfalls bei polypolistischem Wettbewerb, behindert. Durch eine Empfehlung bzw. Verpflichtung zur Preislistenführung wird bei dieser Marktlage die Transparenz des Marktes gesteigert, der Leistungswettbewerb gefördert. Den Anbietern ist die Preisstellung der Konkurrenten bekannt, sie sind in der Lage, sich rasch an die veränderte Marktlage anzupassen.[58] Hiervon sind die Wettbewerber zu unterscheiden, die sich als Oligopolisten verhalten. Im Gegensatz zu den Polypolisten sind diese von dem Verhalten ihrer Konkurrenten nicht nur in der Weise abhängig, daß die Gesamtheit der Rivalen den Absatzerfolg des einzelnen Oligopolisten bestimmt, vielmehr hat jeder einzelne Anbieter einen so großen Marktanteil, daß er auch als Einzelunternehmen den Absatzerfolg und damit die Marktstrategie seines oligopo-

listischen Konkurrenten beeinflussen kann.[59] In einem solchen Markt ist eine Preisermäßigung für den Oligopolisten nur so lange interessant, als er sie geheimhalten kann. Wird er durch eine WR zur Aufdeckung seines Preises gezwungen, muß er damit rechnen, daß die Mitbewerber diesen Wettbewerbsvorteil sofort egalisieren. Das charakteristische Fehlen von Preiswettbewerb bei oligopolistischer Verhaltensweise wird durch die Förderung der Markttransparenz noch verstärkt, so daß in diesem Falle keine Förderung, sondern eine Erlahmung des Leistungswettbewerbs zu erwarten wäre.[60] Eine Förderung des Leistungswettbewerbs ist somit nur bei polypolistischem Markt zu erwarten.

Nun wird eingewendet, Preislistenzwang ohne Preislistentreue sei kein Beitrag zur Förderung der Markttransparenz, sondern stelle im Gegenteil eine Marktverschleierung dar, weil die Preisliste dann nur ein Höchstpreisangebot enthalte, mit dem stillschweigenden Vorbehalt, je nach Marktlage im Einzelfall davon abzuweichen.[61] Darf gerade im Hinblick auf den Preiswettbewerb als wichtigstes Mittel des Leistungswettbewerbs die Preisautonomie des Unternehmers nicht angetastet werden, so muß doch davon ausgegangen werden, daß die Preislisten auch ernst gemeint sind. Ein Preislistenführungszwang hätte in der Tat keinen Sinn, wenn die Listen nur zum Schein aufgestellt werden würden, etwa zur Täuschung weniger gut unterrichteter Kunden,[62] oder aus einer gewissen Gleichgültigkeit heraus, hervorgerufen durch die Möglichkeit, letztlich doch den Preis frei und selbständig bilden zu können. Davon sind auch die Verbände ausgegangen, die die Eintragung einer WR beantragt haben, mit dem Inhalt der Empfehlung bzw. Verpflichtung zur Preislistenführung außerhalb gesetzlicher Bestimmungen. In diesen Fällen wurde nämlich auch eine WR zur Eintragung angemeldet, die eine Preislistenänderung bei allgemeinem Abweichen von der Preisliste verlangt.[63] Preislisten entsprechen also in etwa den faktisch verlangten Preisen,[64] so daß für den Nachfrager die Preisstellung der Wettbewerber durchsichtiger wird, die Vergleichbarkeit der Leistungen erhöht wird. Dadurch wird bei polypolistischem Markt, der ebenfalls für die Unternehmer transparenter wird, der Leistungswettbewerb verschärft, der tüchtigste Anbieter wird die Gunst der Kunden gewinnen. Dies bedeutet aber, daß der Leistungswettbewerb durch die uneingeschränkte Verpflichtung zur Preislistenführung gefördert wird.[65] Der Wettbewerber erfährt eine Verbesserung in seinem Bemühen, seine eigene Leistung in Vergleich zu denen der Konkurrenten zu stellen.

Freilich muß auch erwähnt werden, daß der Unternehmer durch die Pflicht zur Preislistenführung in der Wahl seiner Preisgestaltungsmethode, die zur Wettbewerbsfreiheit gehört, beeinträchtigt wird.[66] Eine Beschränkung des Preiswettbewerbs ist hierdurch aber bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen für seine Wirksamkeit nicht zu befürchten.[67] Käme sie ausnahmsweise in Betracht, so

wäre sie so gering, daß sie gegenüber der Förderung des Leistungswettbewerbs durch die Erhöhung der Markttransparenz ohne Bedeutung wäre.

Dadurch, daß das BKartA die Zulässigkeit einer WR verneinte, die eine Empfehlung zur Preislistenführung beinhaltete, ohne daß die vom Amt aufgeführten, besonderen Voraussetzungen vorlagen, [68] noch oligopolistische Verhaltensweise anzunehmen ist, hat es den Leistungswettbewerb behindert.

b) Die Praxis bezüglich WRn, die ein Diskriminierungsverbot zum Inhalt haben

Eine WR darf nach Ansicht des BKartA ein Diskriminierungsverbot nur enthalten, wenn sich dieses Verbot entweder bereits aus dem Gesetz ergebe, oder wenn sich die Unzulässigkeit der Diskriminierung aus den besonderen Umständen des Einzelfalles gem. §§ 1, 3 UWG herleiten lasse. Ein allgemeines Diskriminierungsverbot hielt das Amt als WR nicht für eintragungsfähig, weil es das Gleichbehandlungsprinzip weder als Grundsatz des lauteren Wettbewerbs ansah, noch ein allgemeines Diskriminierungsverbot dem GWB zu entnehmen vermochte. [69]

Diskriminierung will besagen, daß gleichartige Kunden bei gleichartigen Geschäften ungerechtfertigterweise ungleich behandelt werden, ihnen also ungleiche Preise, Rabatte oder Geschäftsbedingungen eingeräumt werden, [70] teilweise wird eine weiter gefaßte Definition gebraucht, die nicht auf eine sachliche Rechtfertigung abstellt. [71] Die Beweggründe für eine derartige Diskriminierung, insbesondere für eine Preisdiskriminierung, sind im Wirtschaftsleben vielfaltig. Der Anbieter möchte auf jeden Fall einen Vorsprung im Wettbewerb erreichen, sei es, daß er z.B. langjährige, treue Kunden halten will, oder daß er versucht, durch preisliche Besserstellung Kunden aus dem Abnehmerkreis eines anderen Wettbewerbers zu gewinnen. [72] Dabei wird er besonders bestrebt sein, einem möglichst mächtigen Einkäufer diese günstigen Preiskonditionen einzuräumen.

Die einseitige Bevorzugung eines Nachfragers oder einer Gruppe von Nachfragern führt natürlich dazu, daß die Chancen der nichtprivilegierten Abnehmer gegenüber den privilegierten beim Weiterverkauf im Wettbewerb verringert werden. Diesen Zustand wollen die Nichtprivilegierten möglichst rasch beseitigen. Nachdem dies durch eine Einwirkung auf den Anbieter auch nicht durch Druck erreicht werden kann, sind diejenigen, die nicht bevorzugt werden, doch gerade die marktschwächeren Einkäufer, bleibt diesen nichts anderes übrig, als zu versuchen, durch Zusammenschlüsse selbst eine marktstarke Position zu erreichen. Die durch diese Konzentration zunehmende Einkaufsmacht führt nun wieder zwangsläufig zu einer Konzentration bei den Lieferanten, insbesondere durch

Fusion kapitalschwacher Wettbewerber, die sich starken Firmen anschließen müssen.[73]

WRn mit dem Inhalt eines allgemeinen Diskriminierungsverbots würden einer derartigen Entwicklung begegnen und somit den Leistungswettbewerb fördern. Die Fusion zwingt mehrere Anbieter, nicht mehr ihre eigene Leistung zum Vergleich zu stellen, sondern die Leistungsfähigkeit des neu entstandenen Unternehmers ihrem Verhalten im Wettbewerb zugrunde zu legen. Es wurde auch schon darauf hingewiesen, daß das BKartA bei der Definition des Begriffs "Leistungswettbewerb" die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs berücksichtigt.[74] Danach würde auch eine hier vorliegende Gefährdung der Auslesefunktion des Wettbewerbs durch Marktmacht, die zu dem Zweck seiner Monopolisierung eingesetzt wird, einem Leistungswettbewerb entgegenwirken.[75]

Die vom BKartA vertretene Auffassung, im GWB habe der Gesetzgeber eine sachlich ungerechtfertigte Diskriminierung nur im Rahmen des § 26 Abs. II GWB zugelassen, kann nach der Kartellgesetzesnovelle nicht mehr aufrechterhalten werden. Zum einen ist durch die Erweiterung dieses gesetzlichen Diskriminierungsverbots, das weiterhin vor wettbewerbsverfälschenden Maßnahmen schützen soll, aber erkennt, daß auch nichtmarktbeherrschende Unternehmen zu diesen Maßnahmen fähig sein können,[76] unter Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ("überragende Marktstellung", "ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten") eine Grenzziehung gegenüber erlaubten Diskriminierungen erschwert worden,[77] andererseits wird argumentiert, daß es sogar dem "lauteren" Leistungswettbewerb diene, wenn als Regel anerkannt wird, keine Preise zuzulassen, die einem Teil des Handels keine faire Chance gegenüber nachfragemächtigen Wettbewerbern lassen.[78]

Nach der Neufassung des § 28 Abs. II GWB kann kein Zweifel bestehen, daß eine WR mit dem Inhalt eines allgemeinen Diskriminierungsverbots nach dem vom BKartA selbst verstandenen Begriff des "Leistungswettbewerbs" diesen zu fördern geeignet ist.[79] Dies bedeutet, rückwirkend betrachtet, daß die Ablehnung der Eintragung einer derartigen WR in der früheren Praxis des BKartA den Leistungswettbewerb behinderte.

c) Die Praxis hinsichtlich WRn, die eine Verpflichtung, eine Werbung zu unterlassen, die auf Listenpreise Bezug nimmt, zum Gegenstand haben

Das BKartA hat die Regel § 7 des "Kfz-Handels", nach der es unlauter ist, in Ankündigungen oder sonstigen Angeboten neuer Fahrzeuge darauf hinzuweisen, daß der

Preis unter dem "Neupreis", "Listenpreis", oder einem anderen als üblich dargestellten Preis liegt, nicht für eintragungsfähig befunden. Nach Ansicht des Amtes verstießen nicht alle durch diese Regel gekennzeichneten Formen der Werbung gegen das UWG. Während die Beschlußabteilung vergleichende Werbung nicht als grundsätzlich unlauter ansah, konnte die Einspruchsabt. in der WR keine Bezugnahme auf Konkurrentenpreise erkennen. [80] Auch ein Verstoß gegen das RabattG wurde verneint. [81]

Die Frage, ob ein in der WR wiedergegebenes Verhalten tatsächlich unlauter ist oder gegen das RabattG verstößt, soll hier nicht weiter untersucht werden. Soweit man sie bejaht, kommt man zu dem Schluß, daß die Eintragung einer WR versagt wurde, die lediglich eine für alle Wettbewerber geltende Schranke aufzeigt, deren Nichtbeachtung zu einem nicht mehr leistungsbedingten Wettbewerbsvorsprung führt, was eindeutig dem Leistungswettbewerb widerspricht. [82] Interessieren soll hier vielmehr, ob unter Zugrundelegung der Ansicht des BKartA, die WR erfasse zumindest auch Tatbestände, die nicht gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen, die Ablehnung der Eintragung den Leistungswettbewerb behindert.

Das BKartA und, ihm folgend, das KG waren der gegenteiligen Auffassung, die Genehmigung dieser WR hätte eine Behinderung des Preiswettbewerbs bedeutet. Zum einen sei es nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts, einzelne Mitbewerber gegen die Auswirkungen günstiger Angebote anderer zu schützen, [83] zum anderen werde die Preisautonomie des unterbietenden Händlers bei vertikalen Preisempfehlungen nicht unerheblich beeinträchtigt, wenn ihm die Möglichkeit genommen werde, auf die Tatsache der Unterbietung hinzuweisen. [84] Außerdem lasse sich vielfach nur durch eine Gegenüberstellung des eigenen Preises mit dem vom Hersteller empfohlenen Richtpreis die Billigkeit des Angebots zutreffend ausdrücken. [85]

Die in Bezug auf WRn, die eine Preislistenführungspflicht beinhalten, geäußerte Meinung, daß Maßnahmen, die die Vergleichbarkeit der Leistungen und die Markttransparenz erhöhen, auch einen leistungsgerechten Wettbewerb fördern, muß selbstverständlich auch hier gelten. Davon ging im konkreten Falle auch das Amt aus, wenn es in dem in der WR ausgedrückten Preisvergleich eine Verbesserung der Marktübersicht erwartete. [86]

Eine Erhöhung der Markttransparenz mit Hilfe der in der WR aufgeführten Form des Preisvergleichs kann jedoch nicht festgestellt werden: Zutreffend weist die Einspruchsabt. des BKartA darauf hin, daß bei der Auslegung dieser Regel auf die beteiligten Verkehrskreise abzustellen sei. [87] Ihre Folgerung, eine Preisgegenüberstellung des eigenen mit dem empfohlenen Preis könne nur als eine Bezugnahme auf den vom Hersteller empfohlenen Preis, nicht etwa auf die Preisgestaltung der Konkurrenten verstanden werden, [88] geht aber fehl. Der vielfach kaufmännisch völlig unerfahrene Letztverbraucher ist sich nicht darüber bewußt, daß

der Anbieter seine Preise frei bildet. Er wird aus diesem Grunde auch nicht annehmen, daß in der WR ein Preisvergleich des Wettbewerbers zu seinen Konkurrenten in den meisten Fällen nicht in Betracht kommen kann. Vielmehr wird er glauben, der Wettbewerber unterstelle allen oder einem Teil seiner Konkurrenten, daß sie zu dem vom Hersteller empfohlenen Listenpreis verkaufen, was aber nur selten zutrifft, während er von diesem üblichen, allgemein geforderten Preis abweiche.[89] Dies wird den Nachfrager veranlassen, ohne einen weiteren Preisvergleich zwischen den Konkurrenten vorzunehmen, bei einem derartig Werbenden einzukaufen, weil er eben einen Vorteil vermutet, den nur dieser Händler anbietet.[90]

Die Markttransparenz wird also für den Verbraucher nicht erhöht. Die Situation, in der sich dieser befindet, läßt sich nicht mit derjenigen vergleichen, die bei Beurteilung von WRn, die einen Preislistenführungszwang beinhalten, zugrunde gelegt wurde. Dort wurde davon ausgegangen, daß die Preislisten ungefähr die schließlich tatsächlich verlangten Preise wiedergeben, somit für den Kunden durch den ermöglichten Vergleich der Preislisten im polypolistischen Markt eine Verbesserung der Marktübersicht eintritt.[91] Hier jedoch werden nicht Preise miteinander verglichen, die in etwa den faktisch geforderten gleichkommen, vielmehr wird so getan, als stellte der Anbieter seinen tatsächlich verlangten Preis den tatsächlich verlangten Preisen seiner Mitkonkurrenten gegenüber. Da diese aber den Listenpreis im allgemeinen nicht einhalten,[92] wird der Markt für den Nachfrager nicht transparenter, sondern, im Gegenteil, undurchsichtiger.

Eine WR, die eine derartige Werbung verbietet, trägt zur Förderung des Leistungswettbewerbs bei, indem dem Anbieter untersagt wird, seine eigene Leistung durch wettbewerbsverfälschende Methoden herauszustellen und somit der Käufer zum Vergleich der echten Leistungen der Wettbewerber angeregt wird. Durch die Nichtzulassung einer derartigen WR hat das BKartA den Leistungswettbewerb behindert.

3. KAPITEL
Ausblick

Vorstehende Beispiele sollten zeigen, ob und inwiefern das BKartA unter Zugrundelegung des § 28 Abs. II GWB (a. F.) den Leistungswettbewerb gefördert oder eher behindert hat. Die gefundenen Ergebnisse haben durch die Neufassung dieser Vorschrift Bedeutung für die Frage, welche WRn nach dieser Gesetzesnovelle eintragungsfähig sind, sind WRn doch nunmehr auch zulässig, um einem der Wirksamkeit eines leistungsgerechten Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken oder ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten an-

zuregen.[93] Dies bedeutet, daß das BKartA jetzt auch nicht lauterkeitsbezogene Regeln zulassen muß, durch deren Ablehnung der Eintragung in der Praxis des Amtes in der Vergangenheit der Leistungswettbewerb behindert wurde.[94] Umgekehrt kann nicht bestritten werden, daß alle WRn auch in Zukunft eintragungsfähig sind, durch deren Zulassung das Amt den Leistungswettbewerb förderte.[95]

Dies gilt auch für WRn, die eine Verpflichtung zur Vorkalkulation zum Inhalt haben.[96] Ob das BKartA künftig solche Regeln eintragen wird, kann deshalb bezweifelt werden, weil der BGH in seinem Beschluß vom 15. 7. 1966 ausdrücklich betonte, daß derartige WRn auch nicht genehmigt werden könnten, wenn sie als Vorschriften zur Förderung des Leistungswettbewerbs verstanden werden würden.[97] Dabei ging der BGH aber unzutreffenderweise davon aus, daß der Anbieter zur Abgabe kostendeckender Angebote gezwungen werde. Auch handelte es sich damals lediglich um eine Hilfsbegründung des Gerichts, das sich nicht näher mit den Voraussetzungen befaßte, unter denen eine WR als den leistungsgerechten Wettbewerb fördernd angesehen werden kann. Die erfolgte Gesetzesänderung konnte der BGH nicht voraussehen. Zutreffend weist BENISCH darauf hin, daß unter Berücksichtigung der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf von 1971, nach dem WRn auch zulässig sind, wenn sie sich dagegen richten, daß ein im Wettbewerb notwendiger Strukturwandel sich zu rasch vollzieht und dadurch einen überstürzten, übermäßigen Konzentrationsprozeß begünstigt,[98] sogar WRn eintragungsfähig sind, die sich gegen ruinösen Preiswettbewerb richten, etwa derart, daß unter den Selbstkosten eines leistungsfähigen Betriebs plus einer näher zu bestimmenden Gewinnspanne während eines Anpassungszeitraums nicht verkauft werden darf.[99] So ist es begrüßenswert, daß die Deutschen Hersteller von Hüttenaluminium eine Verpflichtung zur Vorkalkulation in ihren Antrag auf Eintragung von WRn aufgenommen haben.[100] Möge das BKartA, das über diesen Antrag bis jetzt noch nicht entschieden hat, mögen auch die LKartBn in Zukunft die Möglichkeiten ausschöpfen, die § 28 Abs. II GWB (n. F.) gibt, mögen die Berufsverbände durch die Neufassung dieser Bestimmung angeregt werden, WRn zur Eintragung anzumelden!

Anhang: Fußnoten zu Teil VII

1) s. o. Teil I, S. 1 ff.
2) RGZ 134, 342 ff.
3) NIPPERDEY: Wettbewerb und Existenzvernichtung, S. 16
4) RGZ 134, 352
5) BENISCH in: Schutz des Leistungswettbewerbs, S. 22 f. unter Hinweis auf BGHZ 11, 265; BGHZ 15, 365; BGHZ 19, 396; BGHZ 23, 371; WuW/E BGH 38; WuW/E BGH 78; WuW/E BGH 121; WuW/E OLG 87; WuW/E OLG 618;
vgl. auch VERSTEYL S. 63 f., sowie WuW/E OLG 858; WuW/E OLG 1374; WuW/E BGH 1208
6) vgl. die Zusammenstellungen bei BENISCH in: Schutz des Leistungswettbewerbs, S. 17 ff.; KELLERMANN in: Zehn Jahre BKartA, S. 76 f.; DÖRINKEL, DB 1967, 1883 ff.; SCHEEL, S. 67 ff.; BÖX, S. 96 ff.; VERSTEYL S. 53 ff.; sowie BENISCH, Kooperationsfibel, 4. Aufl. S. 439 ff.; DÖRINKEL, WuW 73, 829 ff.
7) SACK, WuW 70, 203; DÖRINKEL, WuW 71, 615
8) NIPPERDEY: Wettbewerb und Existenzvernichtung, S. 16 und WuW 54, 216
9) NIPPERDEY: Wettbewerb und Existenzvernichtung, a. a. O.
10) a. a. O., S. 23, 27
11) a. a. O., S. 27
12) Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl. Band I, Einl. UWG II, Anm. 70
13) a. a. O.
14) a. a. O., Anm. 71
15) a. a. O.
16) BENISCH, Kooperationsfibel, 4. Aufl. II. Teil, Rdn. 26 (S. 440)
17) a. a. O. Rdn. 25 (Hervorhebung von BENISCH); BENISCH führt Beispiele für WRn dieser beiden Aspekte auf (a. a. O. Rdn. 27 f.), die DÖRINKEL, WuW 73, 827, (830 f.) offensichtlich theoretisch akzeptiert, aber aus praktischen Gründen der Meinung ist, daß mit der Neufassung des § 28 Abs. II GWB nichts erreicht worden ist.
18) Bundestagdrucksache VI/2520 vom 18. 8. 71. S. 34 (zitiert nach HAMM, WuW 75, 115, 117)
19) Bundestagdrucksache a. a. O. S. 34 f. (zitiert nach HAMM, a. a. O. S. 117 f.)
20) s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 15 ff.
21) "ZuK", WuW/E BKartA 304, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 16; "Bauindustrie", WuW/E BKartA 591; TB 1963, S. 53, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 24 ff.
22) s. o. Zusammenfassung zu Teil II, 1. Kapitel, a) S. 32 ff.
23) a. a. O.

24) s. FN 21
25) WuW/E BKartA 305, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 18; die in demselben Beschluß aufgeführte Aussage, dem Leistungswettbewerb entspreche eine "sachgerechte Regelung des funktionsfähigen Wettbewerbs, die ihn in seiner sozialen Ordnung vor Entartung und Verfälschung schützt", muß unberücksichtigt bleiben, weil sie in Zusammenhang steht mit der Gleichsetzung des Leistungswettbewerbs mit dem lauteren Wettbewerb.
26) so offensichtlich auch BENISCH in: Schutz des Leistungswettbewerbs, S. 23, wenn er dem Kartellamt diese Definition des Leistungswettbewerbs zuschreibt, ohne das Wort "gesund" zu erwähnen.
27) "Immobilienmakler", WuW/E BKartA 721, s. o. Teil II, 1. Kapitel, a) S. 24 f.
28) a. a. O.
29) "Kfz-Handel", WuW/E BKartA 613, s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 77 f.; "Immobilienmakler", WuW/E BKartA 723 f.; s. o. Teil III, 7. Kapitel, S. 164 f.; "Flüssiggas-Großvertriebe", WuW/E BKartA 876, s. o. Teil III, 1. Kapitel, d), aa) S. 91 f.
30) TB 1973, S. 7
31) s. o. Teil VII, S. 217 f.
32) s. o. Teil VII, S. 217
33) s. o. Teil VII, S. 216 f.
34) vgl. hierzu die Eintragungsbegründungen zu den einzelnen WRn.
35) s. o. Teil VII, S. 218 ff.
36) so daß nach HEFERMEHL "Nichtleistungswettbewerb" vorliegt, s. o. Teil VII, S. 216 f.
37) s. o. Teil III, 1. Kapitel, a), aa) S. 66 ff.
38) a. a. O.
39) TB 1959, S. 51, s. o. Teil III, 1. Kapitel, a), Anhang FN 4, S. 70
40) BENISCH DB 1963, 957
41) s. o. HEFERMEHL, Teil VII, S. 217 f., BKartA WuW/E BKartA 305, s. o. Teil VII, S. 219
42) so ausdrücklich BKartA in "Büromaschinen", WuW/E BKartA 1095
43) das BKartA ist bei der Beurteilung dieser WR auf diese Variante nicht eingegangen, s. o. Teil III, 1. Kapitel, a), aa) S. 67
44) s. o. Teil III, 1. Kapitel, c), aa) S. 77 ff., 79 f.
45) s. o. Teil IV, 1. Kapitel, b) S. 179 ff., 2. Kapitel, S. 186 ff.
46) in diesem Zusammenhang gingen die Beschlußabt. sowie auch das KG und der BGH (jeweils a. a. O.) auf diese besonderen Branchenverhältnisse ein.
47) STEFFANI in: 10 Jahre Kartellgesetz, S. 357
48) STEFFANI, a. a. O.
49) so auch STEFFANI, a. a. O., S. 358

50) daß diese Haltung der Mentalität vieler Bauunternehmer entspricht, sieht auch das KG, WuW/E OLG 758 und der BGH, WuW/E BGH 772; s. hierzu auch BENISCH, WuW/E BGH 789 ff., 791.
51) s. o. Teil IV, 1. Kapitel, b) S. 179 f., 2. Kapitel, S. 187
52) vgl. Wortlaut: WuW/E BKartA 587 (Regel 3 Nr. 1)
53) BENISCH, WuW/E BGH 789
54) BENISCH, WuW/E BGH 791 f., 793; auch SCHEEL (S. 110 ff.) hält die Regel nicht für wettbewerbsbeschränkend.
55) s. o. Teil III, 1. Kapitel, f) S. 105 ff.
56) WuW/E BKartA 308 ("ZuK"), s. o. Teil III, 1. Kapitel, f) S. 105 f.
57) s. o. Teil III, 1. Kapitel, f) S. 105 f.
58) SCHMIDT, WuW 63, 97, 100; im Ergebnis ebenso OEHLER S. 231 f.
59) SANDROCK, Grundbegriffe des GWB, S. 92 f. unter Darlegung der verschiedenen Theorien, auf die hier nicht eingegangen werden kann.
60) so auch SCHMIDT, a. a. O. S. 100 ff., 103; OEHLER S. 232 f.; MARKERT, DB 1963, 1455; PICKEL, DB 1963, 701; Schreiben des BKartA vom 18. 4. 1969, DB 1969, 2219 f.
61) GRIESBACH, DB 1961, 1622; SCHEEL S. 176 f.
62) DÖRINKEL, WuW 60, 600
63) s. o. Teil III, 3. Kapitel, S. 122 ff.
64) DÖRINKEL, a. a. O.; so im Ausgangspunkt auch SCHEEL, S. 176, der dann aber in einer Preisliste doch nur eine unverbindliche Information über Höchstpreise sieht, S. 176 f.
65) im Ergebnis ebenso: LIEBERKNECHT in: Festschrift für MÖHRING, S. 82; BENISCH, Kooperationsfibel, 4. Aufl. S. 441
66) SCHEEL S. 168 f.; OEHLER S. 232
67) OEHLER, a. a. O.; das BKartA hat diesen Punkt bei seinen Eintragungsbegründungen überhaupt nicht berücksichtigt.
68) s. o. Teil VII, 2. Kapitel, a) S. 223
69) s. o. Teil III, 2. Kapitel, S. 114 ff.
70) EWALD, WRP 1967, 382; BENISCH, Kooperationsfibel, 4. Aufl. S. 433; s. auch ZEITLER, WuW 60, 81, mit weiteren Nachweisen.
71) DÖRINKEL, WuW 60, 599; WuW 71, 616; s. auch ZEITLER, WuW 60, 81 mit weiteren Nachweisen. Auf diesen Meinungsstreit kann hier nicht näher eingegangen werden.
72) EWALD, WRP 1967, 382
73) DÖRINKEL, WuW 71, 616
74) s. o. Teil VII, S. 219
75) s. o. Teil VII, S. 218
76) BAUR, BB 1974, 1592, 1595
77) BENISCH, Kooperationsfibel, 4. Aufl. S. 442

78) v. KÖHLER, DB 1967, 31; BENISCH, a. a. O.
79) so auch BENISCH, a. a. O. und a. a. O. S. 444
80) s. o. Teil III, 4. Kapitel, 1., a) S. 125 ff.
81) a. a. O.
82) unter Zugrundelegung der Definition von HEFERMEHL, s. o. Teil VII, S. 216 f., dessen Auffassung das BKartA übernahm, s. o. Teil VII, S. 219
83) WuW/E BKartA 623, s. o. Teil III, 4. Kapitel, 1., a) S. 126 f.
84) WuW/E BKartA 624, s. o. Teil III, 4. Kapitel, 1., a) S. 126 f.
85) WuW/E OLG 704, s. o. Teil IV, 1. Kapitel, a) S. 179
86) WuW/E BKartA 622, 623, s. o. Teil III, 4. Kapitel, 1., a) S. 126
87) WuW/E BKartA 767, s. o. Teil III, 4. Kapitel, 1., a) S. 128
88) WuW/E BKartA 769, s. o. Teil III, 4. Kapitel, 1., a) S. 128
89) LUTZ, MA 1963, 632; zweifelnd bezüglich größerer Markttransparenz für den Verbraucher auch WEBER, DB 1963, 891 f.
90) a. A. BKartA: Unter der Voraussetzung, daß kein Preisvergleich mit Mitbewerbern vorgenommen werde, kommt es konsequent zu dem Schluß, daß der Käufer zur Vornahme eines Vergleichs angeregt werde, WuW/E BKartA 770.
91) s. o. Teil VII, 2. Kapitel, a) S. 223 f.
92) LUTZ, a. a. O. S. 632 f.; nach WEBER wird der Idealfall - Deckung von Listenpreis und gefordertem Preis - sogar nie erreicht, DB 1963, 892.
93) vgl. Wortlaut oben Teil I, S. 1 ff.; der Gesetzgeber hat eine Erweiterung des § 28 Abs. II GWB vorgenommen, damit WRn, die ein den Grundsätzen eines Leistungswettbewerbs entsprechendes Verhalten anregen, bzw. ein der Wirksamkeit dieser Grundsätze zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenwirken, ohne auf den Lauterkeitsbezug abzustellen, eingetragen werden können (s. o. Teil I, S. 1 ff.; Teil II, 1. Kapitel, Anhang, FN 14, S. 35; Teil VII, S. 216)
94) Beispiele s. o. Teil VII, 2. Kapitel, S. 223 ff.
95) Beispiele s. o. Teil VII, 1. Kapitel, S. 220 ff.
96) s. o. Teil VII, 1. Kapitel, c) S. 221 f.
97) WuW/E BGH 775, s. o. Teil IV, 2. Kapitel, S. 188
98) s. o. Teil VII, S. 218; das BKartA hat zum Ausdruck gebracht, daß es diese Begründung bei seiner Eintragungspraxis berücksichtigen wird, s. o. Teil VII, S. 219
99) BENISCH, Kooperationsfibel, 4. Aufl., S. 443
100) WuW 74, 160 ff., 162: Regel B 1. a)

LEBENSLAUF

Ich wurde am 21. Juli 1948 als Sohn der Hotelierseheleute Hans und Maria Bogner in Berchtesgaden geboren.

Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

In Berchtesgaden besuchte ich die ersten Klassen der dortigen Volksschule. Im Jahre 1957 zog ich mit meinen Eltern nach München. Hier war ich Schüler der Volksschule an der Blumenstraße. Nach 5 Jahren Grundschule besuchte ich das Städt. Adolf-Weber-Wirtschaftsgymnasium in München, wo ich 1968 die Reifeprüfung bestand. Gleichzeitig mit dem Abitur legte ich eine Zusatzprüfung (Kleines Latinum) ab.

Es folgten 8 Semester Studium der Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität in München. Im Herbst 1972 bestand ich hier das 1. juristische Staatsexamen. Nach meinem Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst legte ich im September 1975 die 2. juristische Staatsprüfung in München ab.